Merc. 6d

Anschütz

L Arnold
Karl

Kommentar

zum

Allgemeinen

Deutschen Handelsgesetzbuche

mit Ausschluß des Seerechtes

von

Dr. Aug. Anschütz,
ord. Professor der Rechte an der
Universität Halle.

und

Dr. Frhr. v. Völderndorff,
Rath am Handelsappellationsgerichte
in Nürnberg.

Erster Band.

Erlangen, 1868.

Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Vorrede.

Die wissenschaftliche Bearbeitung des deutschen Handelsgesetzbuches hat sich in der ersten Zeit vorzugsweise darauf beschränkt, das in den veröffentlichten Vorarbeiten des Gesetzbuches enthaltene reichhaltige Material für die Auslegung zu verwerthen und nutzbar zu machen. Dieser Ausgangspunkt war für die Literatur des Gesetzbuches so naturgemäß, daß dabei selbst eine hie und da bemerkbare Uebertreibung nicht auffallen konnte. Denn selbst in ihrer Uebertreibung leistete diese Methode für die richtige Erkenntniß und für die Fortbildung unseres gegenwärtigen Handelsrechtes mindestens immer noch viel mehr, als auf einem bestimmten anderen, sehr nahe gelegenen Wege jemals erreicht worden wäre. Dieser nahe liegende und freilich sehr verschiedene Weg war der bekannte und ungeachtet seiner Erfolglosigkeit doch nur zu häufig wieder angestellte Versuch, ein neues Gesetz lediglich aus dem Wortlaut seiner Bestimmungen erklären zu wollen. Daß wir vor diesem Versuche bei unserem Handelsgesetzbuche bewahrt geblieben sind, ist wohl als ein günstiges Zeichen für die Gesundheit und Lebensfähigkeit deutscher Rechtswissenschaft anzusehen.

So berechtigt nun jene Erklärungsweise auch ist, welche die Auslegung des Handelsgesetzbuches vorzugsweise aus den Vorarbeiten desselben und namentlich aus den Nürnberger Protokollen entlehnt, so großen Nutzen dieselbe bereits geleistet hat und so unentbehrlich sie in der Ge-

genwart noch ist, so wird sie doch kaum zureichend für alle Zeiten sein und wir gehen bereits einer Periode entgegen, in welcher die Benutzung der Vorarbeiten für die Auslegung des Gesetzbuches zwar keineswegs völlig vernachlässigt werden, aber doch nicht mehr den wichtigsten Bestandtheil für die wissenschaftliche Erklärung des Gesetzbuches bilden wird. Nicht blos die vielgestaltige handelsrechtliche Praxis unserer Gerichte, sondern der unendlich bewegliche Handelsverkehr selbst fördert stets neue Kontroversen zu Tage, welche entschieden sein wollen, ohne daß die Vorarbeiten des Gesetzbuches ihrer gedenken oder sie auch nur für möglich gehalten haben, neue Schöpfungen der Verkehrswelt, welche Aufnahme in das System des Gesetzbuches verlangen und für welche die Wissenschaft erst die richtige Stelle finden soll. Der Inhalt der Vorarbeiten des Handelsgesetzbuches wird in nicht zu ferner Zeit ein Gemeingut der Wissenschaft wie der Praxis werden, dessen Kenntniß man voraussetzt, aber andere Fragen und andere Mittel der Auslegung werden an die Stelle der bisherigen treten. Auch die Literatur des französischen Civilgesetzbuches hat diese Erfahrung gemacht, wie die große Verschiedenheit der früheren und der gegenwärtigen Bedeutung von solchen Werken beweist, welche, wie Maleville's vortrefflicher Kommentar des Code Napoleon, sich nur auf die Diskussion des Staatsrathes stützen.

Je weiter wir uns von der Periode der Publikation des Handelsgesetzbuches entfernen, desto mehr wird in der handelsrechtlichen Literatur die Kasuistik in den Vordergrund treten. Aufgabe der Wissenschaft wird es sein, den kasuistischen Stoff nicht prinziplos aneinanderzureihen, sondern nach festen Grundsätzen zu ordnen und systematisch zu verarbeiten. Die kasuistische Richtung in diesem Sinne wird neben der dogmatischen Analyse der gesetzlichen Bestimmungen als einer der Gesichtspunkte angesehen werden können, von welchen die Verfasser in dem vorliegenden Kommentare ausgegangen sind. Dabei hat die Benutzung der Vorarbeiten in diesem Kommentare in reichem Maße stattgefunden, da sie in der Gegenwart noch nicht entbehrt werden kann.

Auch die Anlehnung an die reichhaltige ältere Literatur des Handelsrechtes ist im vorliegenden Werke im Auge behalten worden, wenn auch dieselbe in den Grenzen eines Kommentars nicht in gleich ausgedehntem Maße durchgeführt werden konnte, wie in Goldschmidt's unübertroffenem Handbuche des Handelsrechtes. Auch in dieser Richtung ist die deutsche Rechtswissenschaft schon jetzt vor einer Gefahr bewahrt geblieben, welche mit einer Kodifikation verbunden sein kann und thatsächlich nicht selten verbunden gewesen ist, welche aber bei der Kodifikation unseres Handelsrechtes vermieden worden ist. Denn ungeachtet der formellen und durchaus nothwendigen gesetzlichen Aufhebung fast des gesammten älteren Handelsrechtes ist die Kontinuität der Handelsrechtswissenschaft nicht verloren gegangen. Man hat nicht angenommen, daß mit der Publikation des neuen Gesetzbuches auch die gesammte ältere Wissenschaft gleichsam mit einem Federstriche beseitigt sei. Es läßt sich vielmehr umgekehrt die Beobachtung machen, daß durch das Studium und durch die Benutzung der Vorarbeiten des Gesetzbuches, zu deren Verständniß eben die Kenntniß der älteren Handelsrechtsliteratur erforderlich ist, der Sinn für diese ältere Literatur neu angeregt und allgemeiner geworden ist, und eben in dieser wissenschaftlichen Richtung hat das deutsche Handelsgesetzbuch nur vortheilhaft gewirkt. Der Beruf einer Zeit zu Schöpfungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung bemißt sich nicht blos nach den unmittelbaren Ergebnissen der Legislation, sondern auch nach der Art und Weise, wie die Wissenschaft diese Ergebnisse aufzunehmen und zu behandeln versteht.

Man kann bei der Anwendung des deutschen Handelsgesetzbuches zwei verschiedene Standpunkte einnehmen, den Standpunkt der ausdehnenden, oder aber den Standpunkt der einschränkenden Anwendung. Die Erfahrung lehrt, daß gegenwärtig beide Standpunkte mit einander kämpfen, in der Literatur, wie in der Praxis unserer Gerichte. Weder der eine noch der andere Standpunkt ist alsdann berechtigt, wenn dieselben in ihren Resultaten eben nur zu einer gezwungenen Anwendung führen; ist aber letzteres nicht der Fall, ist vielmehr die Frage, zwischen welchen

Prinzipien man zu wählen habe, eine offene, so wird in solchen Fällen im vorliegenden Kommentare häufiger die ausdehnende Anwendung und Auslegung adoptirt erscheinen. Die Bedürfnisse des gesammten Rechtsverkehres scheinen eher darauf hinzuweisen, daß der Kreis der Herrschaft des Handelsgesetzbuches erweitert, als daß derselbe eingeschränkt werde.

Dies sind die hauptsächlichsten Gesichtspunkte, von welchen in dem vorliegenden Werke ausgegangen worden ist.

Der Kommentar ist in der Weise das gemeinsame Werk der Verfasser, daß das erste Buch des Handelsgesetzbuches von Völderndorff, das zweite und dritte Buch, oder das Gesellschaftsrecht, von Anschütz, das vierte nach einzelnen Titeln getrennt von den Herausgebern kommentirt ist, während die schließliche Redaktion des Ganzen in allen Theilen gemeinsam festgestellt ist.

Der Kommentar bildet einen Theil der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II.", deren erster Begründer und Herausgeber der zu früh verewigte, um die Wissenschaft wie um die Gesetzgebung hochverdiente Hofrath von Dollmann war. Die allgemein deutsche Haltung des Handelsgesetzbuches ließ jedoch wohl die Veranstaltung einer Separatausgabe durch die Verlagshandlung gerechtfertigt erscheinen.

Literatur[1]).

A. Aeltere.

1) G. F. v. Martens, Grundriß des Handelsrechtes, insbesondere des Wechsel- und Seerechtes. Göttingen 1797. 3. Auflage 1820. (Dasselbe Werk erschien mit einem Kommentar von Morstadt. Heidelberg 1849.)

2) Dr. A. Heise, Handelsrecht, Vorlesungen 1814 — 1818. Frankfurt 1858.

3) J. H. Bender, Grundsätze des deutschen Handlungsrechtes. Bd. I (Darmstadt 1824): das engere Handelsrecht[2]).

4) Dr. Meno Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und Hamburger Handelsrechtes. Bd. I (Hamburg 1828). Allgemeiner Theil[3]).

5) Dr. H. Thöl, das Handelsrecht (1841), Bd. I, 4. Auflage. Göttingen 1862. Engeres Handelsrecht.

6) C. H. L. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechtes, fortgesetzt von W. Endemann. Heidelberg 1853—1860[4]).

---

[1]) Es ist hier nur diejenige handelsrechtliche Literatur aufgeführt, welche im Kommentar benützt und citirt ist, und welche zugleich als unentbehrlicher Inhalt jeder handelsgerichtlichen Bibliothek erscheint. Nähere Aufklärung über die ältere Gesammtliteratur des Handelsrechtes gibt der „Katalog der Hamburger Kommerzbibliothek, Hamburg 1841 ff.“ Auch findet sich eine umfassende Darstellung in Goldschmidt's Handbuch, von §. 3 anfangend.

[2]) Bd. II (1828) enthält das Wechselrecht. Bd. III ist nicht erschienen.

[3]) Bd. II in 2 Theilen (1829) Wechselrecht. Bd. III in 4 Theilen (1830—1833) Seerecht. Bd. IV in 2 Theilen (1834) Assekuranzrecht.

[4]) Alle diese Werke sind im nachfolgenden Kommentar citirt mit dem Namen und der Ziffer der Seite oder des Paragraphen, Thöl nach der vierten Auflage.

B. Neuere.

I. Historische[5]).

7) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857[6]).

8) Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches nach der Fassung der Redaktionskommission[7]).
(Beilagenband der Protokolle S. 141—206.)

9) Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches nach den Beschlüssen der zweiten Lesung[8]).
(Beilagenband der Protokolle S. 207—276)[9]).

10) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz, erstem Sekretär der Kommission, Würzburg 1858[10]).

II. Systematische[11]).

11) J. M. A. Gad, Handbuch des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Erster Theil. Engeres Handelsrecht. Berlin 1863.

12) Dr. W. Auerbach, das neue Handelsgesetz, systematisch dargestellt. Erste Abtheilung. Frankfurt a. M. 1863. Zweite Abth. 1865.

---

[5]) Wichtig für die Entstehungsgeschichte und für die Auslegung des A. D. HGB. sind auch die Kritiken der Entwürfe erster und zweiter Lesung, insbesondere von Goldschmidt in der Kritischen Zeitschrift für Rechtsw. Bd. IV Heft 2 und 4, und in dessen Zeitschrift f. Handelsr. Bd III Beilagenheft, Dietzel im Archiv für W.- und HR. Bd. VII, Endemann (Erlangen 1858), Schlieman (Schwerin 1858), Anschütz in der Münchener Krit. Ueberschau Bd. VI und in der Kritischen Vierteljahrschrift Bd. I und II.

[6]) Citirt als Pr.-E. und Motive.

[7]) Citirt als I. E.

[8]) Citirt als II. E.

[9]) Die Erinnerungen der Regierungen gegen den Entwurf zweiter Lesung sind zusammengestellt und in den Beilagen abgedruckt.

[10]) Citirt als Prot.

[11]) Systematische Darstellungen des heutigen Handelsrechtes finden sich auch in: Gerber's deutschem Privatrechte 9. Auflage 1867; Bluntschli's deutschem Privatrechte (von Pr. Dr. Felix Dahn) 2. Aufl. 1864; Beseler 2. Aufl. 1866.

13) Dr. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes. Bd. I Abth. 1. Erlangen 1864.

14) Dr. W. Endemann, das deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt. Heidelberg 1865.

15) Dr. O. Wächter, das Handelsrecht nach dem a. d. HGB. und den Einführungsgesetzen für den Gebrauch des Handelsstandes dargestellt. Erster Theil. Leipzig 1865. Zweiter Theil 1866.

III. Kommentare[12]).

16) Das A. D. HGB. mit Erläuterungen nach den Materialien und Benützung sämmtlicher Vorarbeiten. Berlin 1862.

17) J. Maaßen, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nebst den Einführungsgesetzen für Preußen und Bayern erläutert. Köln 1862.

18) R. v. Kräwel, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (außer dem fünften Buche vom Seehandel) und das Preußische Einführungsgesetz nebst den wesentlichen Stellen der Vorarbeiten zu beiden Gesetzen und erläuternden Anmerkungen. Halle 1862.

19) Dr. C. F. Koch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch mit Kommentar und Anmerkungen. Berlin 1863.

20) Dr. Fr. v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch[13]). I. Band. Braunschweig 1863. II. Band. 1. Abtheilung 1866.

---

[12]) Außer dem unter Nr. 16 aufgeführten Kommentare sind noch erschienen: L. Schilling (Elberfeld 1862), Makower und Meyer (Berlin 1862) zweite Auflage von Makower allein, Weinhagen (Köln 1862), dann eine große Anzahl solcher, welche mehr auf die Partikulargesetze Rücksicht nehmen, und solcher, welche nur kurze Noten enthalten.

[13]) Dieses treffliche Werk ist für die folgende Arbeit von großem Werthe gewesen und bei dem großen Nutzen, welchen dasselbe der Praxis bisher schon geleistet hat, ist es Pflicht, hier dem Herrn Verfasser öffentlichen Dank abzustatten.

C. Sammlungen und Zeitschriften.

21) Archiv für das Handelsrecht, herausgegeben von einigen Hamburgischen Gelehrten. 2 Bände. Hamburg 1818 und 1819.

22) Zeitschrift für Handelsrecht etc. von W. Gelpke. (3 Hefte. Berlin) 1852—1853 [14]).

23) Neues (Hamburger) Archiv für Handelsrecht, herausgegeben von Voigt und Heinichen; dann Heinecken und Weber. (Seit 1858) [15]).

24) Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von J. A. W. Seuffert. Seit 1847 [16]).

25) Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht, herausgegeben von Ed. Siebenhaar und Th. Tauchnitz. (Seit 1851) [17]).

26) Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands, herausgegeben von Kletke [18]). (Seit 1857).

27) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt [19]). (Seit 1858).

28) Centralorgan für den deutschen Handelsstand, herausgegeben von Dr. Georg Löhr [20]). (Seit 1862).

29) Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechtes, herausgegeben von F. B. Busch [21]). (Seit 1863).

30) Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen seit Einführung des a. d. HGB. in Bayern herausgegeben von Dr. Otto Frhr. v. Völderndorff 2 Bände. 1865 und 1867 [22]).

---

[14]) Citirt als: Gelpke Zschft.

[15]) Citirt als: Neues Archiv.

[16]) Citirt als: Seuffert's Archiv.

[17]) Citirt als: Archiv für WR.

[18]) Citirt als: Kletke.

[19]) Citirt als: Goldschmidt's Zeitschrift.

[20]) Citirt als: Centralorgan.

[21]) Citirt als: Busch Archiv.

[22]) Citirt als: Samml. hg. Entsch.

Allgemeine Bestimmungen.

Artikel 1—3.

Allgemeine Bestimmungen.

Thöl, §. 11ª und 14ª. Auerbach IV. Abschnitt. Goldschmidt §. 1 u. 40. Endemann §. 1 ff.

§. 1.

Diejenigen Güter, welche außerhalb einer Person existiren und derselben zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zustehen, sind deren Vermögen. Nicht in jedem Vermögen sind alle Arten von Gütern, deren der Einzelne bedarf, vorhanden, und es bewirkt daher der Bedarf, daß die eine Person ein ihr gehörendes Gut aus ihrem Vermögen entläßt, um ein anderes, ihr nothwendigeres, in dasselbe einzutauschen. Dieser Austausch der Güter ist das Gebiet der onerosen Rechtsgeschäfte[1]) und der Begriff des Handels im weitesten Sinne, und hienach fällt die rechtliche Regelung der Handelsgeschäfte an und für sich in den Kreis des allgemeinen Vermögensrechtes[2]).

Die gesteigerte Kultur steigert die Bedürfnisse, bald kann nicht mehr der Umtausch zwischen Nachbar und Nachbar genügen und es bildet sich ein Beruf daraus, diesen Umtausch in größeren Kreisen zu vermitteln[3]): eigentlicher Handel. Zweck desselben ist,

---

[1]) v. Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte, Nördlingen 1857 S. 47 ff.

[2]) Vgl. die trefflichen Entwicklungen in Goldschmidt Handbuch §. 40.

[3]) Ueber den Begriff von Handelsverkehr im engeren Sinne findet sich ein interessanter Ausspruch des Berliner Obertribunals in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 609.

die Güter, wie sie der Einzelne bedarf, zu rechter Zeit und am rechten Orte darzubieten[4]).

Selbstverständlich läßt sich derjenige, welcher aus solcher Handelsthätigkeit seinen Beruf macht, diese Thätigkeit vergelten, er handelt in der Absicht, Gewinn zu machen: den Handel bewegt die Spekulation[5]).

Jede derartige gesonderte Thätigkeit schafft bei feinerer Ausbildung eigene Institute und Verhältnisse, so auch der Handel; für diese bilden sich gewisse Rechtsregeln und juristische Grundsätze, deren Gesammtheit man als Handelsrecht bezeichnen kann[6]).

§. 2.

Das Handelsrecht in unserem Sinne ist ein Erzeugniß des Mittelalters[7]). Zu jener Zeit, als sich die einzelnen Stände in strenger Absonderung von einander gliederten und jeder Stand in sich und für sich seine eigenen Normen, Rechte und Gewohnheiten schuf, entstand auch im Stande der Handeltreibenden eine eigene rechtliche Uebung für die von ihren Angehörigen vorgenommenen Geschäfte, welche sich von dem sonst allgemeinen Rechte immer mehr trennte.

Für den Kauf oder Verkauf von Seiten eines Handelsmannes bildeten sich andere rechtliche Bestimmungen, als beim Kaufe und Verkaufe im

---

[4]) Endemann Handbuch §. 1 bezeichnet als Handel im volkswirthschaftlichen Sinne den Umsatz von Gütern, welcher zwischen der Produktion und Konsumtion vermittelt; Heise §. 2 definirt Handel als „Umsatz von Waaren in unveränderter Form betrieben als Gewerbe", wie auch Goldschmidt §. 1 und 40 und Thöl I §. 1 und 12 das Umsetzen ohne Verarbeitung als Kriterium hinzufügen. Das a. d. HG. hat aber offenbar den Handel in weiterem Sinne gefaßt; die bekannte Ausnahme hinsichtlich der Produzenten ändert hieran im Prinzipe Nichts.

[5]) Die näheren Betrachtungen des Begriffes siehe bei Endemann a. a. O. und über die Unterabtheilungen des Handels hat Thöl I §. 14 erschöpfende Aufstellungen. Vgl. auch die scharfsinnigen Bemerkungen von Koch in Busch Archiv I S. 431 ff.

[6]) Nur in diesem Umfange kannten die Römer ein Handelsrecht, indem das Institut der argentarii, des Seewurfes u. dgl. sich lediglich auf den Handel bezog.

[7]) Vgl. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. V S. 333—414.

gewöhnlichen Leben Regel waren; die Vollmachten zum Handelsbetriebe unterlagen nicht denselben Rechtsnormen, wie das gewöhnliche Mandat, und selbst Manches, was im allgemeinen Rechtsverkehre verboten war, wurde dem Kaufmanne im Handelsgeschäfte gestattet.

Das Handelsrecht war daher das Recht der Handeltreibenden, ein Standesrecht, das für eine gewisse Klasse von Leuten geltende Recht, wie das Adelsrecht, das Bauernrecht, das Handwerkerrecht.

Auf diesem Standpunkte befand sich noch der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches; er faßte das Handelsrecht als Gewerberecht auf und stellte daher das Handelsgewerbe und die gewerblichen Handelsgeschäfte in den Vordergrund. Das Handelsgesetzbuch aber hat den nach dem Geiste unserer Entwickelung nothwendigen Fortschritt gemacht [8]), die Schranken der nach den Personen bemessenen Rechtsnormen fallen zu lassen und für einen gewissen Kreis des Rechtsverkehres Regeln aufzustellen.

Das Handelsrecht ist gegenwärtig ein materielles oder sachliches Sonderrecht.

Daß auch diese Gestaltung noch eine Anomalie, das deutsche Handelsgesetzbuch nur eine Station auf dem Wege der Rechtsentwickelung sei, ist nicht zu bezweifeln.

Zwar wird die Verschiedenheit zwischen Mobiliarverkehr und Immobiliarverkehr nie völlig verschwinden, aber innerhalb des Mobiliarverkehres wird das Nebeneinanderbestehen zweier verschiedener Systeme des Obligationenrechtes auf die Dauer unhaltbar sein. Hoffen wir, daß dereinst das Handelsrecht wieder in dem allgemeinen Verkehrsrechte aufgehen werde [9]).

---

[8]) Vgl. Anschütz in der Münchener Kritischen Vierteljahrschrift Bd. I S. 9—12.

[9]) Einen großen Schritt auf dieser Bahn hat das Hamburger Gesetz über Einführung des Handelsgesetzbuches gethan, indem §. 30 desselben die Artikel 278—336 des a. d. HG., mit bestimmten Ausnahmen, zum allgemeinen Verkehrsrechte erhoben hat. Vgl. hierüber Martin in Busch Archiv Bd. VII S. XVII.

Art. 1.

In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

Pr. E. Art. 1. I. E. Art. 1. II. E. Art. 1. Prot. S. 10 ff., 884 ff., 4507, 5058 ff.

1) Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch ist nicht in formeller Weise *gemeines* deutsches Recht[1]); denn nachdem dasselbe in den deutschen Staaten nur dadurch gilt, daß es von den partikularen gesetzgebenden Gewalten promulgirt wurde, stellt es sich als *Partikularrecht* dar.

Wohl aber muß das Gesetzbuch als der Ausdruck des gegenwärtigen gemeinsamen deutschen Rechtsbewußtseins erachtet und in diesem Sinne als *allgemeines* deutsches Recht erklärt werden[2]).

Durch den Eingang des Art. 1 wird das Gesetzbuch als oberste handelsrechtliche Norm aufgestellt[3]):

soweit die Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches reichen, können andere Rechtsnormen in Handelssachen nicht zur Geltung kommen.

Aus diesem obersten Grundsatze[4]) für die Anwendung des Gesetzbuches ergeben sich nachstehende Folgesätze:

a) Alle mit den Vorschriften des Handelsgesetzbuches im Widerspruche stehenden Bestimmungen des Partikularrechtes[5]) — sei es des bisherigen oder

[1]) *Endemann* §. 8.

[2]) *Goldschmidt* S. 212.

[3]) Ueber die Geltung des Gesetzbuches im Allgemeinen und im Verhältnisse zum bürgerlichen Rechte siehe: *Busch* in seinem Archiv Bd. I S. 1 ff., S. 13; *Brauer* daselbst S. 113 und *Goldschmidt* in der deutschen Gerichtszeitung von 1864 S. 61.

[4]) Es ist keine Ausnahme von diesem Prinzipe, wenn durch die Landesgesetzgebung eine Bestimmung des Handelsgesetzbuches ausdrücklich abgeändert wird; denn nachdem das letztere, wie oben erwähnt, nur partikulares Recht ist, erscheint eben eine solche landesgesetzliche Modifikation als Bestimmung des Gesetzbuches selbst.

[5]) Daher unrichtig die in *Busch* Archiv Bd. V S. 505 mitgetheilte Entscheidung, wonach ein als Handelsgeschäft anzusehender Viehkauf an die Förmlichkeiten der alten partikularrechtlichen Verordnungen über Viehhändel gebunden erklärt wird. Vgl. die richtige Ansicht in Bd. VI S. 274.

des erst nach dem Erscheinen des Handelsgesetzbuches geschaffenen —[6]) können in Handelssachen nicht angewendet werden[7]).

b) Auch soweit in einer Handelssache die Entscheidung durch das Gesetzbuch nicht unmittelbar ausgesprochen ist, sondern nur mittelbar sich ergibt, ist allein das Handelsgesetzbuch maßgebend[8]).

c) Ebenso ist Alles, was an Rechtssätzen aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches wissenschaftlich entwickelt und gefolgert werden kann, als Inhalt des Gesetzbuches zu erachten, und soweit auf diesem Wege eine handelsrechtliche Entscheidung erzielt zu werden vermag, kann daher das bisherige gesetzliche Recht nicht weiter in Betracht kommen[9]).

2) Das Recht des Handelsgesetzbuches erscheint nicht als ein Ausnahmerecht, als jus singulare; vielmehr enthält dasselbe für den ganzen Kreis der ihm unterworfenen Rechtsverhältnisse das jus commune, diejenigen Normen, welche das reine und regelmäßige Recht bilden[10]). Es wäre deshalb ganz unrichtig, wenn man bei Auslegung der Sätze des Handelsgesetzbuches die Grundsätze restriktiver oder auch nur sog. strikter Interpretation anwenden wollte[11]). Vielmehr bedingt die Fassung des Gesetzbuches und der Umstand, daß sich dasselbe auf die Feststellung allgemeiner Prinzipien beschränkt und eine in das Einzelne gehende Kasuistik

---

[6]) Selbstverständlich, soferne nicht das neue Gesetz ausdrücklich das Handelsgesetzbuch abändern zu wollen erklärt; ohne eine solche bestimmte und ausdrückliche Erklärung hindert die positive Vorschrift in Art. 1 eine Anwendung des Satzes lex posterior derogat legi priori.

[7]) Als aufgehoben können diese Bestimmungen an und für sich nicht angesehen werden, wohl aber ist die Aufhebung durch die Einführungsgesetze erfolgt, so in Preußen, Einf.-Ges. Art. 60, 61; für Bayern sind Art. 2 und 3 des Einführungsgesetzes maßgebend. Vgl. Lutz, Kommentar S. 31 ff. Interessante Anwendung in Bezug auf die bisherigen Strafgesetze siehe in Busch Archiv Bd. V S. 210.

[8]) Dieß scheint auch Thöl §. 11a anzunehmen, wenn er sagt: „die Rechtssätze des a. d. HGB. sind oft versteckt vorhanden, aber sie sind vorhanden.“

[9]) So Hahn S. 2 und Goldschmidt S. 214: „es sollen die Gesetzbücher aus sich selbst ergänzt und fortgebildet werden, nicht aus den sehr verschiedenen bisher geltenden Handelsgesetzen.“ Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Thöl S. 66. Vgl. übrigens unten Ziff. 5. — Die Benutzung des älteren Handelsrechtes zur bloßen Interpretation des Gesetzbuches steht dagegen außer Frage. Goldschmidt a. a. O.

[10]) Savigny Bd. I S. 61; Puchta, Institutionen I §. 31.

[11]) Die Unanwendbarkeit ergibt sich schon aus der Motivirung der bekannten L. 14 D. de legibus (1, 3).

vermieden hat, ganz vorzüglich die Anwendung jener rechtsentwickelnden Interpretation, welche den dem Gesetze innewohnenden Gedanken rekonstruirend [12]) und den juristischen Willen des Gesetzgebers in seinem wirklichen vollen Gehalte ergründend [13]) die gegebene Rechtsregel in das Leben überführt und dadurch auch für solche Verhältnisse eine Norm findet und auffindet, welche durch das Wort des Gesetzes nicht getroffen erscheinen.

Daß hiedurch nicht richterlicher Willkür, auch nicht der Herrschaft einer blinden Billigkeitsjurisprudenz die Bahn geöffnet werden darf, versteht sich von selbst; auch darf nicht, um etwa subjektive Rechtsanschauungen zur Geltung zu bringen oder selbst um nützlich erscheinende Zwecke zu erreichen [14]), dem Gesetze Gewalt angethan werden, wie denn der Richter nie vergessen soll, daß er vor Allem berufen ist, nach dem gegebenen Rechte richtig und unpartheiisch zu richten.

3) Das Handelsrecht ist ein unmittelbares Erzeugniß des praktischen Verkehres; seine Grundlage bilden Gewohnheit und Gebrauch. Wie der Verkehr, so ist auch das Handelsrecht in steter Fortentwickelung begriffen. Bei der Abfassung eines Handelsgesetzbuches ist es nicht möglich, alle in Uebung befindlichen Normen zu erforschen und zu fixiren; es darf aber auch durch eine Kodifikation jene Fortentwickelung des Handelsrechtes nicht gehemmt werden.

Hiemit ist die Nothwendigkeit gegeben, die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes als Ergänzung des geschriebenen Handelsrechtes anzuerkennen. In diesem Sinne führt das Handelsgesetzbuch die Handelsgebräuche nicht nur im Allgemeinen als Rechtsquelle auf, sondern verweist auch bei den einzelnen Materien [15]), namentlich bei den Handelsgeschäften, in besonders geeigneten Fällen noch ausdrücklich auf dieselben [16]).

Die Handelsgebräuche kommen aber nach dem obigen Artikel 1 nur

---

12) Savigny Bd. I S. 213.

13) Kierulff Theorie §. 4.

14) Vgl. die scharfe Bemerkung des Kölner Appellhofes gegen diese Bestrebungen in dem klassischen Erkenntnisse vom 29. Dezember 1864 über den Begriff des „Kaufmannes“ (in Busch Archiv Bd. V S. 244.)

15) Solche Verweisungen geben die Artikel 57, 61, 70, 80, 82, 83, 285, 290, 326, 327, 334, 339, 342, 346, 349, 351, 352, 369, 370, 371, 394. Auf den Handelsgebrauch insbesondere verweisen die Art. 326, 327, 334, 342, 349, 352, 364, 370. In letzteren drei Stellen wird vom „Handelsgebrauche“ am Orte des Vertragsabschlusses oder der Erfüllung gesprochen.

16) Motive zum Preußischen Entwurfe S. 3.

dann zur Anwendung, wenn das Handelsgesetzbuch keine Bestimmung enthält. Damit ist die Frage verneint [17]), ob dem Gewohnheitsrechte in Handelssachen derogatorische Kraft dem Gesetze gegenüber zukomme.

Daß Art. 1 diese Absicht wirklich hatte, ergibt sich aus den Berathungen. In der ersten Sitzung wurde konstatirt: „auf die Anregung, ob deutlich genug bestimmt sei, daß das Handelsgesetzbuch jedenfalls vor den Handelsgebräuchen gelten und durch dieselben nicht abgeändert werden solle, erkannte die Konferenz einstimmig an, daß dieß mit dem Gesetze allerdings beabsichtigt werde, hielt aber dafür, daß diese Absicht deutlich genug im Entwurfe ausgedrückt sei" [18]).

Bei der zweiten Lesung wollten zwar, nachdem vorgeschlagen worden, ausdrücklich zu sagen, daß dem Handelsgebrauche „im Interesse eines einheitlichen Rechtes keine derogatorische Kraft zukomme", einige Stimmen es gerathener finden: „diese allgemein rechtliche Streitfrage im Handelsgesetzbuche gar nicht zu berühren;" allein von der Mehrheit wurde hervorgehoben: „der Entwurf müsse mit Rücksicht auf die früheren Verhandlungen auch bei der jetzigen Fassung im Sinne des Antrages verstanden werden [19])."

Demgemäß hat das Gewohnheitsrecht dem Handelsgesetzbuche gegenüber nur subsidiäre Geltung; weder absolute noch dispositive Sätze desselben können durch Gewohnheit abgeändert werden; weder allgemeine, noch partikulare Usancen dürfen den Sätzen des Gesetzbuches gegenüber Beachtung finden; weder bestehende noch künftige Uebung hat die Kraft, die gesetzlichen Normen zu modifiziren.

4) Das Gesetzbuch bedient sich des Ausdruckes: Handelsgebräuche.

Diese Bezeichnung — der Entwurf enthielt die Fassung „anerkannte Handelsgebräuche" [20]) — fand bei den Berathungen vielfache Bekämpfung. Die eine Ansicht — konstatiren die Protokolle — ging davon aus, es

---

[17]) Entgegengesetzter Meinung Thöl S. 67 N. 4 und, wenigstens für die dispositiven Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, Dietzel, Archiv für Wechselrecht Bd. VII S. 250 ff.

[18]) Prot. S. 13.

[19]) Prot S. 884 ff. Vgl. auch Goldschmidt S. 257 Note 18.

[20]) Gegen dieses „anerkannt" wurde bemerkt: „es sei nicht zu ersehen, worin die erforderliche Anerkennung liegen solle, ob in einem Gesetze, einer Verordnung, in richterlichen Erkenntnissen oder sonstwo." (Prot. S. 10.)

sei beabsichtigt, dem Gewohnheitsrechte, wie es sich bezüglich der Handelssachen bilden würde, eine das Handelsgesetzbuch ergänzende Wirksamkeit vor dem allgemeinen Civilrechte jedes Landes zu sichern; die Bedingungen für die Entstehung und die Grundsätze über die Wirksamkeit eines solchen Gewohnheitsrechtes würden ganz der Entscheidung der Partikularrechte anheim fallen; es müsse daher gesetzt werden „Handelsgewohnheitsrecht", weil der Ausdruck „Handelsgebräuche" nicht blos Gewohnheitsrechtssätze umfasse, sondern auch jene blos faktischen durch Sitte oder durch stillschweigende Uebereinkunft entstehenden Beliebungen, welche der Richter als die thatsächliche Grundlage der Rechtsgeschäfte zwar auch anerkennen müsse, welche aber nicht als Rechtsquelle aufgeführt werden könnten."

Es wurde aber der Antrag, statt Handelsgebräuche zu setzen: Handelsgewohnheitsrecht, mit 9 gegen 5 Stimmen verworfen.

Die andere Ansicht war darüber einig, daß es nöthig und vom Entwurfe mit Recht beabsichtigt sei, die Schranken wegzuschaffen, welche den Handelsgewohnheiten bisher entgegenständen, den Gewohnheiten, die als die wesentlichsten Quellen des Handelsrechtes anerkannt seien, die sich oft sehr schnell bildeten und denen doch überall Geltung beigemessen werde; es dürfe daher nicht etwa blos dem Handelsgewohnheitsrechte, dessen Voraussetzungen nach dem, an den einzelnen Orten, über die Entstehung des Gewohnheitsrechtes geltenden Civilrechte zu beurtheilen wären, sondern es müsse auch denjenigen gleichmäßigen Uebungen eine entscheidende Kraft beigelegt werden, welche — wenn sie auch eines solchen spezifisch juristischen Charakters entbehrten, doch eine entsprechende Zeit lang immer in gleicher Weise vom Handelsstande beobachtet und mit einer faktischen Geltung versehen worden seien.

Hiebei meinten einige Vertreter dieser Ansicht, „daß bei diesen blos thatsächlichen allgemeineren Uebungen die Sache nicht allzuleicht genommen und jedenfalls von dem Erfordernisse der Vernunftgemäßheit und Nachweisbarkeit nicht abgesehen werden könne," allein der Antrag, in diesem Sinne zu sagen „zu Recht beständige oder rechtliche Gewohnheiten" wurde mit 11 gegen 3 Stimmen verworfen und der Ausdruck „Handelsgebräuche" in der Meinung für unverfänglich erachtet, „daß es der Praxis zu überlassen sei, festzustellen, ob in einem einzelnen Falle eine Uebung mit Grund als gültiger Handelsgebrauch betrachtet werden könne oder nicht."

Die Wissenschaft [21]) hat das Ergebniß dieser Debatten nicht für ein klares

---

[21]) Im Allgemeinen über die Bildung von Handelsgebräuchen siehe Centralorgan Jahrg. 1864 S. 73.

erachtet und eine lebhafte Kontroverse über die Bedeutung des Ausdruckes „Handelsgebrauch" entsponnen. Der einen Ansicht gemäß, welche sich auf die Motive der früheren Preußischen Entwürfe stützt, faßt die Bezeichnung „Handelsgebrauch" als gleichbedeutend mit „Handelsgewohnheitsrecht" auf und legt der Nichtannahme dieses Ausdruckes lediglich die Bedeutung bei, „daß man die beengenden Voraussetzungen, unter denen nach den verschiedenen in Deutschland bestehenden Civilrechtssystemen das Gewohnheitsrecht steht, beseitigen wollte" [22]).

Hienach soll unter dem gewählten Ausdrucke „Handelsgebrauch" verstanden werden: dasjenige, was nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes als Gewohnheitsrecht in Handelssachen anzusehen sei.

Goldschmidt, Handbuch S. 252 ff.,
Endemann, Handelsrecht S. 28,
Hahn, Kommentar S. 3.

Dabei wird jedoch selbstverständlich als „gemeines Recht" nicht das eigentliche Pandektenrecht mit seinen vielbestrittenen Erfordernissen des Gewohnheitsrechtes, sondern die „freie wissenschaftliche Theorie" (Goldschmidt) verstanden [23]).

Dagegen fassen in einer weiteren Bedeutung den Ausdruck auf
Anschütz, Kritische Vierteljahrschrift I S. 7 ff.,
Auerbach, Archiv f. WR. Bd. XI S. 54 und in seinem Handelsgesetze S. 15 ff.,
v. Kräwel, Kommentar S. 22.

Für die Praxis ergeben sich aus dieser wissenschaftlichen Divergenz keinerlei Schwierigkeiten [24]), denn darin besteht Uebereinstimmung, daß das Gewohnheitsrecht keinenfalls in die engen Schranken der bisherigen Theorie gebannt werden dürfe, daß sich nicht durch abstrakte Regeln fixiren, sondern nur konkret ermitteln lasse, was zum Begriffe einer Gewohnheitsrecht schaffenden Uebung gehöre (Endemann), daß hierin dem vernünftigen Ermessen des Richters der freieste Spielraum gelassen sei (Goldschmidt), andererseits aber sind die Vertreter der strengen Ansicht nicht gewillt, den blos faktischen Beliebungen, den Usancen (im engeren Sinne) [25]), die Wirksamkeit

---

[22]) Nicht einmal diese Bedeutung gestehen jenem Beschlusse zu: Thöl, Handelsrecht S. 67 Note, und Busch Archiv Bd. I S. 21.

[23]) Dieser Anschauung tritt Busch im Archiv Bd. V S. 353 nunmehr bei.

[24]) Vgl Voigtel in Busch Archiv Bd. VI S. 459 ff.

[25]) Goldschmidt bedient sich der Bezeichnung „Usance im weiteren Sinne."

abzusprechen, vielmehr sollen dieselben, wenn nicht nach Art. 1, doch nach Art. 278 und 279 des a. d. HG. als maßgebend für die Entscheidung der konkreten Fälle anzusehen sein, endlich wollen auch die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht nicht, daß lediglich die, eine herkömmliche Konvenienz enthaltende Uebungen als Handelsgewohnheitsrecht, als Handelsgebräuche im Sinne des Art. 1 angesehen werden sollen.

Entwickeln wir nun die Grundlage der gesetzlichen Bestimmung näher, so ergibt sich Folgendes:

Das Recht eines Volkes überhaupt ist ein Produkt seines Geistes und gesammten Lebens und entsteht nicht nur mittelbar durch die verfassungsmäßigen Organe des rechtlichen Gesammtwillens oder aus innerer Nothwendigkeit in wissenschaftlicher Auffassung, sondern auch unmittelbar aus dem Volksgeiste in Form der Sitte und Gewohnheit. Gewohnheitsrecht ist demnach das in dem Bewußtsein eines Volkes entstandene, in seiner Sitte, Uebung, Gewohnheit erscheinende Recht. Es gibt aber außer dieser im Volksbewußtsein wurzelnden Grundlage des positiven Rechtes auch noch manche in's Einzelne gehende Bestimmungen, die an sich ein wenig sicheres Dasein haben, die aber solches erlangen können dadurch, daß sie durch öftere Uebung dem Volke selbst zu bestimmterem Bewußtsein gebracht werden.

Die Uebung erscheint daher allerdings als materieller Faktor für Entstehung des Rechtes [26]), aber sie ist nicht die Erzeugerin desselben, die Gewöhnung bildet keine Rechtsquelle. Die Gewohnheit ist ein wiederholtes gleichmäßiges Verhalten; das Bewußtsein von dem, was nach Gewohnheit geschieht, kann hinterher folgen, nicht aber vorausgehen; denn ist das Thun bewußte Wahl, dann hört es auf, bloße Gewohnheit zu sein [27]).

Die Uebung ist daher auch nicht lediglich die Manifestation eines schon vor derselben bestehenden Rechtssatzes, es gibt kein ungeübtes Gewohnheitsrecht [28]). Wie die Publikation erst einem Gesetze Geltung verschafft, so macht auch erst die Gewohnheit den Rechtssatz zur praktischen Rechtsnorm [29]), die Uebung ist für alles nichtgesetzliche positive Recht die nothwendige Form der äußeren Erscheinung [30]).

---

[26]) Goldschmidt S. 231 Note 18.

[27]) Kierulff, dagegen Goldschmidt in obiger Note, der „eine auf bewußter Zweckmäßigkeitserwägung beruhende Uebung" anerkennt.

[28]) Dagegen Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 134.

[29]) Vangerow.

[30]) Goldschmidt.

Diese Grundsätze auf das Handelsgewohnheitsrecht angewandt ergeben folgende Resultate [31]):

I. Das Handelsgewohnheitsrecht hat seinen Grund in dem Rechtsbewußtsein der Handeltreibenden, es ist vorhanden, wenn ein Satz in der Ueberzeugung dieser Kreise des Volkes als Rechtssatz besteht. Von dieser Ueberzeugung [32]) getrieben, wird im Handelsverkehre in einer gewissen Weise verfahren; wegen dieser Ueberzeugung ist ein gewisses Verfahren das allgemein übliche. Handelsbrauch (kaufmännische oder Handelsgewohnheit, Usance) ist demnach eine Norm, welche im Handelsverkehre deshalb allgemein beobachtet wird, weil die Handeltreibenden gar nicht anders wissen, als daß in einem solchen Falle so und nicht anders zu handeln Rechtens sei.

Daraus ergibt sich:

a) Die Ueberzeugung muß eine Rechtsüberzeugung sein; man muß so handeln, weil man glaubt, nicht anders handeln zu dürfen; man muß sich selbst und den Anderen und den Dritten dazu von Rechtswegen verpflichtet ansehen. Als Gegensatz erscheinen die Fälle, in denen zwar auch ein übereinstimmendes Verfahren der Handelsleute vorkommt, in denen jeder sorgfältige Kaufmann so und nicht wohl anders handeln wird, aber nur deshalb, weil es ihm zweckmäßig, nützlich und Schaden oder Risiko vermeidend scheint; Fälle, in denen ein anderes Verhalten nicht als unrecht, sondern nur als ungeschickt angesehen wird. In solchen Fällen kann man nicht von einem „Handelsbrauche" sprechen; es besteht eine Gewohnheit, aber kein Gewohnheitsrecht.

b) Die Ueberzeugung muß eine allgemeine sein; es ist nicht erfordert, daß alle einzelnen Kaufleute sich des geübten Rechtssatzes als eines solchen bewußt sind, die Ueberzeugung der Gesammtheit ist nicht nothwendig eine aktuelle Ueberzeugung Aller (Puchta); aber es genügt auch nicht, daß nur Einzelne oder Wenige davon wissen und danach handeln [33]).

Es darf aber auch die Allgemeinheit nicht dahin verstanden werden, daß dabei an die territoriale Gesammtheit der unter dem Handelsgesetz-

---

[31]) Vgl. über diese ganze Materie die vortrefflichen historischen und doktrinellen Ausführungen in Goldschmidt Handbuch §. 35.

[32]) Diese Ueberzeugung ist jedoch nicht als eine überlegte, durch Verstandesoperationen hervorgerufene, sondern als eine natürliche, so zu sagen unbewußte, zu denken.

[33]) Vgl. das Beispiel im Erkenntnisse in Seuffert's Archiv Bd. XIII Nr. 1.

buche Lebenden gedacht wird. Es ist vielmehr in den Protokollen (S. 13) ausdrücklich konstatirt, daß auch denjenigen Gewohnheiten subsidiäre Geltung eingeräumt sein solle, welche nur „örtliche" in einem engeren Sinne, das heißt, von der Art wären, daß sie nur an einem bestimmten Orte sich gebildet haben.

c) Die Ueberzeugung muß eine thatsächlich ausgeübte sein. Der Begriff Uebung enthält schon das Erforderniß des wiederholten Handelns, ein einmaliges Vorkommen ist keine Uebung [34]). Auf die Zahl der Fälle kommt es nicht an, wohl aber auf die Gleichmäßigkeit; wenn die thatsächliche Kombination selten eintritt, genügen wenige gleichartige. Dagegen ist der Begriff eines Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen, wenn auch in vielen Fällen in einer gewissen Weise verfahren wurde, dabei aber bei vielen gleichen Fällen in derselben Zeit das entgegengesetzte Verhalten obgewaltet hat.

II. Neben diesen eigentlichen Handelsgebräuchen, dem Handelsgewohnheitsrechte, bestehen nun aber eine Anzahl von Geschäftsgebräuchen, und diese sind es, welche von den Kaufleuten unter dem Namen „Usancen" eigentlich verstanden werden.

Hier handelt es sich nicht um eine rechtliche Ueberzeugung, nicht um Ausübung eines im Bewußtsein der Handeltreibenden entstandenen Rechtssatzes, sondern um willkürliche Einführung einer für nothwendig oder für zweckmäßig und nützlich gehaltenen Verfahrungsweise [35]). Man kann darin die Ausübung einer Art von Autonomie finden, und zwar um so eher dann, wenn diese Geschäftsgebräuche als Platzgebräuche von den Organen der Kaufmannschaft festgestellt werden. Solche Usancen erscheinen in dieser Form als eine bis zum Widerrufe wirksame Willenserklärung der größeren Mehrzahl des Handelsstandes oder eines bestimmten Zweiges desselben [36]), und fallen dann allerdings schon deshalb unter die in Art. 1 genannten Handelsbräuche, weil dieselben als in einem bestimmten Kreise vereinbartes statutarisches Recht erscheinen [37]).

---

[34]) Seuffert's Archiv Bd. XIII N. 205.

[35]) Manchmal wird es auch in gewissen Fällen so oder so gehalten, ohne daß man weiß, warum; es ist einmal von jeher so gehalten worden. Goldschmidt bezeichnet drastisch solche Usancen als auf dem „Gesetze der Trägheit" fußend.

[36]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 348.

[37]) Die Prot. S. 13 sprechen allerdings nur von „obrigkeitlichen Verordnungen", allein dieser Ausdruck muß einer weiteren Interpretation unterliegen. Vgl.

III. Verschieden von den Handelsgebräuchen und von den Usancen (im engeren Sinne) sind jene Uebungen und Gewohnheiten, aus denen lediglich Verbindlichkeiten und Rechte im subjektiven Sinne hergeleitet werden. Diese thatsächlichen Herkommen fallen nicht unter das Bereich des Rechtes im objektiven Sinne, sie stellen sich nicht als auf der Stufe von Gesetzen stehend dar, sondern sie stehen in der Kategorie der Verträge, sie gewinnen Kraft und Bedeutung nicht zufolge des Art. 1, sondern der Art. 278 und 279 [38]).

Wenn die Fabrik A von jeher allen ihren Abnehmern die Fabrikate in Kisten zugesendet und für diese Kisten niemals einen gesonderten Preis berechnet hat, so ist ein Besteller, welchem auf einmal eine Vergütung für die Emballage notirt wird, wohl berechtigt, sich hiegegen zu verwahren, und es wird angenommen werden müssen, daß der Wille des Bestellers dahin ging, zu keinen anderen Konditionen, als den herkömmlichen, Waaren zu beziehen, allein einen Handelsgebrauch kann er offenbar nicht für sich anrufen. Wenn nun aber alle derartige Fabriken im Geschäftsverkehre mit ihren Kunden die oben erwähnte Uebung einhalten, dann geht dieselbe in die Klasse der in Nummer II erwähnten Geschäftsgebräuche über; sie wird zur „Usance" in dieser Branche des Fabrikverkehres, und wenn auch die eine oder andere Fabrik bisher die Uebung noch nicht mitgemacht hätte, sie würde aber sich nicht dagegen verwahrt haben, so müßte sie dieselbe gegen sich gelten lassen [39]).

IV. Der Handelsgebrauch kann nur angewendet werden, wenn er besteht. Es bedarf aber hierüber keines förmlichen Beweises [40]); das Bayerische Einführungsgesetz (und ebenso diejenigen der meisten übrigen Staaten) hat in Art. 72 festgesetzt, daß über das Bestehen von Handels-

---

hierüber die Breslauer Denkschrift von 1860, Anschütz in der deutschen Gerichtszeitung v. 1864 Nr. 27 und Kompe in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII S. 344 f.

[38]) Vgl. Erk. des Nürnberger Handelsapp.-Gerichtes in der Sammlung Bd. I S. 229.

[39]) Vgl. den interessanten Rechtsfall in Busch Archiv Bd. VI S. 442 u. Voigtel's Erörterungen hiezu a. a. O. S. 465, ferner die Abhandlung Koch's über die Handlungsgebräuche beim Danziger Getreidehandel in Busch Archiv Bd. III S. 334 ff., dann im Centralorgan Jahrgang 1864 S. 105 und die Hamburger (Lübecker) Entscheidung über die Wirkung des Sprachgebrauches in Bezug auf Empfangbarkeit einer Waare bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 635, welche von ächt kaufmännischem Geiste Zeugniß gibt.

[40]) Vgl. hierüber Goldschmidt Bd. I S. 245.

gebräuchen das Handelsgericht (welches zur Hälfte aus Geschäftsleuten besteht) aus eigener Kenntniß entscheiden könne[41]). Hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen Zeugen vernommen, Parere's eingeholt, Sachverständige befragt werden müssen.

Da das Gewohnheitsrecht dem Gesetze gleich ist, so kann die Partei sich jederzeit, selbst noch in der Berufungsinstanz, mit Wirksamkeit auf das Bestehen eines Handelsbrauches berufen[42]). Anders, wenn sich auf ein Herkommen derjenigen Art gestützt werden will, wie in Nr. III näher behandelt ist. Hier ist das Vorbringen wie jede andere thatsächliche Behauptung an die prozessualen Fristen gebunden und muß genügend substanzirt, rechtzeitig vorgebracht werden.

Dasselbe wird wohl auch von den in Nr. II aufgeführten Geschäftsgebräuchen zu gelten haben, da auch diese ihrer inneren Bedeutung nach nur ein stillschweigendes id quod actum est repräsentiren und daher thatsächlicher Natur sind, sonach wie alle übrigen Thatsachen prozessualisch behandelt werden müssen.

5) I. Unter dem bürgerlichen Rechte ist nicht nur das gemeine und Landesrecht, sondern auch das Provinzial- und Statutarrecht zu verstehen.

Unter dem bürgerlichen Rechte sind ferner nicht nur die Civilrechte, sondern auch die Prozeßrechte begriffen. Eine praktische Anwendung dieses Satzes bietet die Verjährung.

Das Handelsgesetzbuch stellt an verschiedenen Orten kurze Verjährungs-

---

[41]) Ein Erkenntniß des Dresdener Oberappellgerichtes (Busch Archiv Bd. V S. 352) besagt: Es war allerdings früher vorherrschende Meinung, daß eine Usance nur durch spezielle Darlegung einzelner Uebungsfälle, nicht durch das generelle Zeugniß sachkundiger Männer, dargethan werden könne. Diese Ansicht ist jedoch in neuerer Zeit fast allgemein verbannt; Theorie und Praxis haben sich dafür entschieden, daß der Beweis der Usance auch durch generelle Zeugnisse über das Dasein der fraglichen Rechtsnorm erbracht werden könne. Zwar wird der Beweis um so vollständiger geführt erscheinen, wenn spezielle Fälle der Uebung namhaft gemacht und bestätigt sind, indem der Richter dann sich um so besser in den Stand gesetzt sehen wird, die Sachen selbst im Einzelnen zu beurtheilen; allein ein Bedürfniß, die näheren Umstände der einzelnen Fälle zu kennen, läßt sich nicht als ein allgemeines bezeichnen.

[42]) Ob der Grundsatz „error juris nocet" auch auf den Irrthum bei Willenserklärungen über ein Gewohnheitsrecht Anwendung finde, vergl. ein Erk. des Berliner Obertribunals vom 19. Februar 1864 bei Busch Archiv Bd. V S. 245.

fristen für gewisse Klagen auf (z. B. Art. 146—149, 172, 306, 349, 386, 408 Abs. 3); über die Vorbedingungen, die Unterbrechung u. s. w. sind aber Bestimmungen nicht gegeben. Es unterliegt nun keinem Bedenken, auf diese Materie das allgemeine bürgerliche Recht, ebenso aber die durch die im Lande geltende Prozeßgesetzgebung gebotenen Vorschriften anzuwenden[13]).

II. Da der Art. 1 die Reihenfolge ganz unbeschränkt und bedingungslos aufstellt, so gehen das Handelsrecht und die Handelsgebräuche, wie schon oben ausgeführt wurde, auch demjenigen bürgerlichen Rechte vor, welches der Zeit nach das neuere ist.

Um dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden, hat die handelsrichterliche Praxis erst dann auf das subsidiäre Recht zu greifen, wenn das Handelsgesetzbuch durchaus keine Entscheidungsnormen bietet. Zwei Gesichtspunkte insbesondere sind hier hervorzuheben:

a) Die rechtlichen Begriffe sind in Handelssachen nicht aus dem bürgerlichen Rechte, sondern aus dem Handelsgesetzbuche zu konstruiren.

Z. B. Veräußerung, alienatio, ist ein Rechtsbegriff, welcher im allgemeinen bürgerlichen Rechte verschiedene Bedeutungen hat. Es werden bald alle Handlungen, durch welche Sachen, sei es vollständig oder zeitweise, umsonst oder gegen Entgelt einem Anderen überlassen werden, also auch im Wege der Vermiethung und Verpachtung; bald nur die Vermögensänderungen (Aufgeben von dinglichen und persönlichen Rechten schenkungsweise oder gegen Entgelt); bald nur die Eigenthumsübertragung auf einen Anderen; bald neben dieser auch die Bestellung von Servituten und die Verpfändung als Veräußerung bezeichnet. Es würde nun zu falschen Resultaten führen, wenn man, im Falle es in Handelssachen auf die Auslegung des Wortes „Veräußerung" ankommt, sofort das bürgerliche Recht zur Grundlage der Entscheidung nehmen wollte. Vielmehr ist aus der Vergleichung derjenigen Stellen des Handelsgesetzbuches, in welchen jenes Wort gebraucht wird (Art. 23, 42, 271, 273, 439—442), derjenige

---

[13]) Von diesem Gesichtspunkte ausgehend hat das Handelsappellationsgericht zu Nürnberg ausgesprochen, daß nicht die Mittheilung der Klageschrift an den Beklagten zur Unterbrechung der Verjährung nothwendig sei, sondern die Einreichung der Klage genüge. Vgl. Sammlung handelsger. Entscheidungen Bd. II S. 189.

Sinn zu ermitteln, welchen dieses Gesetzbuch dem Ausdrucke Veräußerung beilegt [44]), und dieser Sinn ist in Handelssachen maßgebend [45]).

b) Auch der durch wissenschaftliche Interpretation gefundene Inhalt des Handelsgesetzbuches hat dem bürgerlichen Rechte vorzugehen [46]).

Wenn es sich z. B. um eine Frage handelt, welche die Bevollmächtigung zu Handelsgeschäften betrifft, so ist, bevor auf die gemeinrechtlichen Grundsätze des Mandates gegriffen wird, zuvörderst zu prüfen, ob sich die Entscheidung nicht durch Analogie und durch Entwickelung der über Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen gegebenen Rechtssätze finden lasse [47]).

Selbstverständlich ist bei dieser Art der Anwendung des Gesetzbuches mit Vorsicht zu verfahren und sich insbesondere davor zu hüten, daß nicht Grundsätze, welche nur in Bezug auf spezielle Verhältnisse gegeben wurden und auch nur in dieser Richtung richtig sind, gegen ihre Natur verallgemeinert oder aber auf andere heterogene Verhältnisse angewendet werden.

---

[44]) Eine solche Entscheidung siehe in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II S. 120.

[45]) Vgl. Goldschmidt §. 47 Note 25. — Gleiches gilt von dem handelsrechtlichen Begriffe Anschaffung.

[46]) Goldschmidt Handbuch S. 267 ff.

[47]) So würde es gewiß dem Geiste der neuen Gesetzgebung nicht entsprechen, wenn man z. B. den Grad der Sorgfalt, welche von einem Geschäftsreisenden in Besorgung der ihm obliegenden Geschäfte seinem Prinzipale gegenüber zu beobachten ist, nach den Grundsätzen über culpa lata et levis beim Mandate ermitteln wollte. Die Analogie des Art. 282 ergibt, daß der Geschäftsreisende eben sich so zu verhalten hat, wie es die Pflicht „eines ordentlichen Reisenden" ist; nach dem, was man von einem ordentlichen Reisenden allgemein verlangt, richtet sich seine Haftbarkeit.

Art. 2.

An den Bestimmungen der deutschen Wechselordnung wird durch dieses Gesetzbuch nichts geändert.

Pr. E. — I. E. — II. E. Art. 2. Prot. S. 451, 885, 4508.

Der Artikel 2 enthält nach der in der 549. Sitzung gegebenen Erklärung die wesentliche Bestimmung, daß in Wechselsachen stets die Wechselordnung zur Anwendung komme, ohne Rücksicht darauf, ob das betreffende Wechselgeschäft zugleich die Eigenschaft eines Handelsgeschäftes habe, und ob das Wechselrecht in der vorliegenden Frage mit dem Handelsgesetzbuche übereinstimme oder nicht. (Prot. 4508.)

Jedoch bedarf dieser Ausspruch einer wesentlichen Limitation; es ist nämlich zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Wechselgeschäfte, dem auf der Skriptur beruhenden Formalkontrakte des Gläubigers mit dem Schuldner und dem Geschäfte des Wechselgebers mit dem Wechselnehmer [1]).

Der Preußische Entwurf zählte in Art. 212 zu den Geschäften, welche auch in Betreff von Nichtkaufleuten Handelsgeschäfte sein sollten, unter anderen ganz allgemein die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte. Diese Bestimmung wurde in das a. d. HG. allerdings nicht aufgenommen; allein nachdem Wechsel immerhin in gewissem Sinne als „Werthpapiere" angesehen werden können, so fällt das Anschaffen von Wechseln, um sie weiter zu begeben, in manchen Fällen unter Art. 271 Ziff. 1; ebenso erscheint das Geschäft zwischen Wechselnehmer und Wechselgeber in den Fällen des Art. 272 Abs. 2 und wohl auch unter Umständen nach Art. 273 und 274 als Handelsgeschäft. Insoferne müssen nun jedenfalls die Vorschriften des a. d. HG. auf derartige Geschäfte Anwendung finden. Andererseits fällt selbstverständlich die Wechselverpflichtung als solche, der Formalkontrakt, welcher durch die Wechselzeichnung zu Stande kommt, niemals in den Kreis der Handelsgeschäfte und es können daher die Bestimmungen des a. d. HG. nicht auf die zwischen dem Aussteller, dem Acceptanten, dem Remittenten und dem Indossanten u. s. w. bestehenden Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen.

Im Allgemeinen werden diese beiden Grundsätze wohl zu keinem Be-

---

1) Vgl. den von Biener Archiv f. WR. Bd. VI entwickelten Unterschied zwischen dem kambialen Wechselrechte und dem civilen Wechselrechte; dann überhaupt Goldschmidt Handbuch §. 53 Note 1.

denken Anlaß geben. So wird wohl unzweifelhaft der Art. 296 auch auf den Fall Anwendung finden, wenn einem Banquier ein abquittirter Wechsel zur Zahlung präsentirt wird, dieser wird den Ueberbringer gewiß als bevollmächtigt zum Geldempfange ansehen dürfen, soferne ihm nicht Umstände bekannt sind, die solches ausschließen; die Frage, in wieferne der Inhaber einer Mangels Zahlung protestirten Kommissionstratte einen Anspruch auf Cession der Rechte gegen den Kommittenten habe, wird ohne Anstand nach dem Handelsgesetzbuche zu entscheiden sein u. dgl.

Dagegen wird man den Umfang des Schadens, welchen der Indossant eines nicht eingelösten Wechsels dem Indossatar zu ersetzen hat, nicht auf Grund des Art. 283, sondern lediglich nach den Vorschriften der Art. 9 ff. der a. d. WO. zu bemessen haben [2]).

Insbesondere wird dieß wichtig hinsichtlich der Art. 300 u. ff., welche Sätze enthalten, die man auf das Recht des Wechsels selbst anwenden könnte, und welche, wenn auch im Allgemeinen den Vorschriften der a. d. WO. nachgebildet, doch einzelne Abweichungen von denselben enthalten. Diese Artikel waren denn auch der Anlaß, weshalb der obige Artikel 2 in das Gesetzbuch Aufnahme fand. (Prot. 451.)

Schwierigkeiten bietet die Anwendung der so eben erörterten Grundsätze auf die Verjährung. So bestimmt der Art. 146 des a. d. HG., daß die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren. Dem oben Vorgetragenen gemäß kann diese Verjährungsfrist nicht maßgebend sein in Bezug auf Wechsel, welche die Gesellschaft ausgestellt, acceptirt oder indossirt hat; die Ansprüche aus solchen müssen nach Art. 77 ff. und bezw. Art. 100 der a. d. WO. verjähren. Z. B. es hätte die Firma Gebrüder Schulze, deren Auflösung am 1. Juli 1850 in das Handelsregister eingetragen worden, am 30. Juni 1850 einen Wechsel acceptirt gehabt, welcher in Folge besonderer obwaltender Verhältnisse [3]) bis letzten Dezember 1855 eingeklagt werden könnte; nach Art. 146 des a. d. HG. haftet aber die Firma Gebrüder Schulze nur bis letzten Juni 1855. Welche Bestimmung gibt den Ausschlag? Nach Ansicht der Kommission (Pr. S. 4508) die Bestimmung des a. d. HG.

---

[2]) Einen zweifelhaften Punkt bietet der Art. 55 des HGB. im Vergleiche zu Art. 95 der a. d. WO.; vgl. darüber die Erläuterungen zu Art. 55.

[3]) So sagen die Protokolle S. 4508; der praktische Fall einer solchen längeren Verjährung ist jedoch schwer zu konstruiren, da bei Wechseln, welche nach Auflösung der Gesellschaft erst fällig werden, nach Art. 146 Abs. 3 die Verjährung erst vom Verfalltage an beginnt.

Art. 3.

Wo dieses Gesetzbuch von dem Handelsgerichte spricht, tritt in Ermangelung eines besonderen Handelsgerichtes das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle.

Pr. E. Art. 974. I. E. — II. E. — Pr. S. 22, 4509.

Der Preußische Entwurf enthält ein sechstes Buch „von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen", welches davon ausgeht, daß an allen Orten, wo ein Bedürfniß bestehe, Handelsgerichte errichtet werden sollten; daß aber, wenn in einem Bezirke kein Handelsgericht bestehe, das ordentliche (Civil-) Gericht des Bezirkes zugleich das Handelsgericht für denselben sei. (Art. 974).

Aus diesem Vorschlage entstand der Art. 3, welcher aber nunmehr die Bedeutung hat, daß, wenn eines der Länder, welche das Handelsgesetzbuch erwähnt, eigene Handelsgerichte nicht einrichten wollte, keine Lücke für diejenigen Fälle entstehe, in denen das Gesetz gewisse Thätigkeiten dem Handelsgerichte zuweist, z. B. Art. 12, 13, 14, 19, 26, 27, 45, 86, 310. — (Vgl. Pr. 22, 4509).

Es muß deshalb, soferne nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht, (z. B. Art. 407), sobald in einem Lande Handelsgerichte bestehen, diesen allein die Zuständigkeit für die in jenen Artikeln aufgeführten Fälle gewahrt bleiben [1]).

---

[1]) Das Bayerische Einführungsgesetz hält dieß auch fest; die Bestimmung in Art. 64 Abs. 2 ist hievon keine Ausnahme, da diese Materie im Handelsgesetzbuche nicht geordnet ist. — Aehnliche Vorbehalte für die ordentlichen Gerichte finden sich auch in anderen Einf.-Gesetzen, Baden Art. 6, Hannover Art. 3, Mecklenburg Art. 8, Bremen Art. 3, Würtemberg Art. 8; diese Bestimmungen handeln von der gerichtlichen oder obervormundschaftlichen Ermächtigung der Ehefrau zur Errichtung eines Handelsgewerbes, wenn der Ehemann bevormundet oder abwesend ist.

Art. 3.

Wo dieses Gesetzbuch von dem Handelsgerichte spricht, tritt in Ermangelung eines besonderen Handelsgerichtes das gewöhnliche Gericht an dessen Stelle.

Pr. E. Art. 974. I. L. — II. L. — Pr. S. 22, 4509.

Der Preußische Entwurf enthielt ein sechstes Buch „von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen", welches davon ausgeht, daß an allen Orten, wo ein Bedürfniß bestehe, Handelsgerichte errichtet werden sollten; daß aber, wenn in einem Bezirke kein Handelsgericht bestehe, das ordentliche (Civil-) Gericht des Bezirkes zugleich das Handelsgericht für denselben sei. (Art. 974).

Aus diesem Vorschlage entstand der Art. 3, welcher aber nunmehr die Bedeutung hat, daß, wenn einer der Staaten, welche das Handelsgesetzbuch erwähnt, eigene Handelsgerichte nicht errichten wollte, keine Lücke für diejenigen Fälle entstehe, in denen das Gesetz gewisse Thätigkeiten dem Handelsgerichte zuweist, z. B. Art. 12, 13, 14, 19, 26, 27, 45, 88, 310. — (Vgl. Pr. 22, 4509).

Es muß deshalb, solange nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht, (z. B. Art. 407), sobald in einem Lande Handelsgerichte bestehen, diesen allein die Zuständigkeit für die in jenen Artikeln aufgeführten Fälle gewahrt bleiben[1]).

---

[1]) Das Bayerische Einführungsgesetz hält dieß auch fest; die Bestimmung in Art. 64 Abs. 2 ist hievon keine Ausnahme, da diese Materie im Handelsgesetzbuche nicht geordnet ist. — Aehnliche Vorschriften für die ordentlichen Gerichte finden sich auch in anderen Einf.-Gesetzen, Baden Art. 6, Hannover Art. 3, Mecklenburg Art. 8, Bremen Art. 3, Württemberg Art. 8; diese Bestimmungen handeln von der gerichtlichen oder obervormundschaftlichen Ermächtigung der Ehefrau zur Betreibung eines Handelsgewerbes, wenn der Ehemann bevormundet oder abwesend ist.

Erstes Buch.

Vom Handelsstande.

Artikel 4–84.

Erster Titel.

Von Kaufleuten.

Pöhls §. 31, dann 19—29. Thöl §. 16 ff.; 14a III. Brinkmann §. 5. Auerbach Absch. VII. Endemann §. 13. Goldschmidt §. 43.

Subjekte des Handelsverkehres sind einerseits diejenigen, welche durch den Absatz der Waaren Gewinn zu machen suchen, andererseits diejenigen, welche durch den Erwerb der Waaren ihre wirthschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen trachten; im Gegensatze zu den letzteren (Kunden, auch „Publikum") heißen die ersteren Handelsleute, Kaufleute.

Dieser weitesten Begriffsbestimmung des „Kaufmannes" ist die nach und nach (in Folge der Einwirkung des Sonderrechtes) entstandene engste Bedeutung des Wortes gegenüberzustellen, wonach als Kaufmann nur derjenige angesehen werden sollte, welcher auf eigene Rechnung bezogene Waaren unverarbeitet weiter verkauft, während sich von ihm unterschied der Kommissionär, welcher keinen Proprehandel treibt, der Produzent und Fabrikant, welcher selbst erzeugt, was er verkauft, der Handelsmann, welcher seine Waaren nicht „bezieht", sondern solche unmittelbar am Orte anschafft, der Banquier und Geldwechsler, welcher nicht mit gewöhnlichen Waaren, sondern mit Geld, Credit und Werthpapieren Handel treibt [1]).

Daß diese letztere Definition einen rechtlichen Werth nicht hat, wurde

---

[1]) Ueber den Unterschied des usurarius und mercator siehe Endemann a. a. O. Note 3.

längst anerkannt [2]); mannigfache Erweiterungen [3]) wurden an derselben durch Wissenschaft und Praxis versucht und schließlich einigten sich beide dahin, den Kaufmann durch den Begriff des Handelsgeschäftes zu definiren [4]).

Der Preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches schlug den umgekehrten Weg ein, indem er in Art. 2 diejenigen Geschäfte speziell aufführte, deren gewerbemäßiger Abschluß die Kaufmannseigenschaft begründen sollte. Allein diese Behandlungsweise fand Widerspruch und schon bei der ersten Lesung kam man darauf zurück, das Handelsgeschäft als solches zum Ausgangspunkte der Begriffsbestimmung zu machen [5]). Das Handelsgeschäft müsse, so wurde vorgebracht, seiner objektiven Eigenschaft nach als ein solches erkannt werden, gleichviel von welcher Person es vorgenommen worden; noch kein Gesetz habe den Weg eingeschlagen, den der Entwurf gehe und man müsse um so mehr Anstand nehmen, ein noch nirgends erprobtes System gesetzlich zu sanktioniren, von welchem sich sofort erkennen lasse, daß es zu großen Inkonvenienzen führe. Denn wenn man diesem Systeme folge, so müsse z. B., bevor man wissen könne, ob ein Handelsgeschäft vorliege, zuerst untersucht werden, von wem und wie es betrieben werde, man müsse im Läugnungsfalle darüber ein Beweisverfahren einleiten, daß es gewerbemäßig betrieben werde; solche Konsequenzen seien aber Anlaß zu Chikanen aller Art.

Es wurde daraufhin beschlossen [6]), ein gemischtes System einzuhalten, nämlich zwei Klassen von Handelsgeschäften zu unterscheiden:

1) Diejenigen Handelsgeschäfte, welchen diese Eigenschaft wegen ihrer objektiven Erscheinung und ohne Rücksicht auf die Person des Unternehmenden selbst dann zukomme, wenn ein solches Geschäft auch nur einmal von zwei Nichtkaufleuten vorgenommen werde, und

2) diejenigen Geschäfte, denen die Natur der Handelsgeschäfte nur

---

[2]) Z. B. Pöhls a. a. O.

[3]) Ueber die Doktrin und Gesetzgebung siehe Goldschmidt a. a. O. Note 1 und 2.

[4]) Wenn der Code de commerce in Art. 1 sagt: Sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce oder das Preuß. LR. Buch II Titel 8 §. 475 als Kaufmann erklärt, „wer Handel mit Waaren oder Wechseln als sein Hauptgeschäft betreibt," so wird eben der Begriff des Handels hiebei als bekannt vorausgesetzt. (Einwendungen hiegegen in dem Votum Prot. S. 504 unten.)

[5]) Prot. S. 405 (Antrag des Dr. Heinecken S. 412) Berathung S. 500 ff.

[6]) Prot. S. 512.

mit Rücksicht auf die Personen, von denen sie vorgenommen werden, also auf deren Geschäftsbetrieb beigemessen werden könne.

Nach Feststellung dieser Begriffe wurde dann unter theilweiser Rekapitulation die Definition des Kaufmannes dahin gegeben[7]):

Als ein Kaufmann ist anzusehen:

1) wer gewerbmäßig bewegliche Sachen kauft oder in anderer Art anschafft und dieselben in Natur weiter veräußert;

2) wer gewerbmäßig in einem über den Betrieb des Handwerks hinausgehenden Umfange die Bearbeitung und Verarbeitung von beweglichen Sachen unternimmt oder Sachen, welche er angeschafft hat, verarbeitet und weiter veräußert;

3) wer gewerbmäßig Banquier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt;

4) wer gewerbmäßig Rhederei betreibt oder Versicherungen gegen Prämie übernimmt;

5) wer gewerbmäßig kaufmännische Kommissionsgeschäfte, Speditionsgeschäfte oder Frachtgeschäfte betreibt (die gewöhnlichen Fuhrleute sind hierunter nicht begriffen);

6) wer gewerbmäßig Buchhändlergeschäfte betreibt[8]).

Bei der zweiten Lesung wurde diese Fassung neuerdings bekämpft[9]) und nun das jetzt adoptirte System beliebt[10]).

Hienach steht fest, daß das Handelsgesetzbuch unter den **Kaufleuten** nicht einen abgeschlossenen Stand versteht[11]), sondern daß das Gesetzbuch mit freiem und offenem Verständnisse der Gegenwart die Schranken der Zunftmäßigkeit durchbrochen hat und seine Absicht darin wurzelt, den **Handelsverkehr** in seiner Gesammtheit zu ordnen und für denselben gleiches Recht und gleiches Gericht zu geben.

Wer immer an diesem Verkehre Theil nimmt, wer selbstthätig den Gü-

---

7) Art. 2 des Entwurfes erster Lesung.

8) Die Erweiterung oder Verengerung dieser Klassen, so wie die Gewerbepolizei sollte der Partikulargesetzgebung vorbehalten bleiben.

9) Aenderungsvorschlag Prot. S. 884; Beschluß, die Berathung zu suspendiren S. 927. Im Antrage des Referenten (S. 1262) war die Bezeichnung „Handelsmann" gebraucht worden, allein dieselbe fand großen Anstoß (Prot. S. 1254 unten) und wurde deshalb beseitigt.

10) Debatten Prot. S. 1255—1259.

11) Deshalb wurden auch alle Anträge, die Protokollirung, den Registereintrag u. s. w. als Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft aufzustellen, abgelehnt. Vgl. Prot. S. 528, 1258.

terumsatz befördert und diese Thätigkeit zu seiner Lebensaufgabe macht, der ist vom Gesetze als Handeltreibender, als **Kaufmann** erklärt.

Es fallen demnach in den Kreis dieses Begriffes nicht nur diejenigen Personen, welche sich mit dem **eigentlichen** Handel beschäftigen [12]), dessen Zweck der Waarenumsatz im engeren Sinne ist, sondern auch diejenigen, welche zur **Vermittelung** dieses Umsatzes selbständig thätig sind, und ebenso jene, deren Hauptbeschäftigung nicht in dem **Umsatze** der unveränderten Waare, sondern in der **Veränderung** der angeschafften Waare besteht [13]), da auch bei diesen die Theilnahme am Gesammt**verkehr** eine unbestreitbare ist.

Beschränkungen der Personen in Bezug auf die Befugniß, Handel zu treiben nach Alter, Geschlecht, Stand und Religion, kennt das Handelsgesetzbuch nicht [14]); denn die in Art. 7 für die Ehefrau Seitens des Ehemannes, in Art. 63 für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten Seitens des Prinzipals geforderte Einwilligung und das Verbot in Art. 69 Abs. 1 können als solche nicht wohl angesehen werden; man kann vielmehr mit Recht sagen: das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch **steht auf dem Boden vollkommener Verkehrsfreiheit.**

Art. 4.

Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Pr. E. Art. 2. I. E. Art. 2; II. E. Art. 3. Prot. S. 13 ff., 525 ff., 855, 926 ff., 1254.

1) **Als Kaufmann.**

Die Kaufleute bildeten ehedem einen eigenen Stand, die Bezeichnung „Kaufmann" war diejenige einer gewissen **socialen** Klasse, und wer ein **Kaufmann** war, hatte eben deshalb bestimmte gemeindliche und politische

---

[12]) Ueber diesen Ausdruck siehe **Thöl** §. 12 und 13, über die verschiedenen Handelszweige §. 14 und **Endemann** §. 2.

[13]) Die Fabrikanten und Handwerker, vgl. die Erläuterungen zu Art. 10.

[14]) Ueber die früher maßgebenden Einschränkungen siehe **Pöhls** §. 19 ff., **Brinkmann** §. 12 ff.

Rechte und Pflichten[1]). In diesem Sinne ist die Begriffsaufstellung des Art. 4 nicht zu verstehen; es will damit nicht festgesetzt werden, wer im socialen Leben zum Stande der Kaufleute gezählt werden solle, wer die staatliche Stellung eines Kaufmannes besitze, wer so zu sagen zur Kaufmannsgilde gehöre[2]), sondern wem die privatrechtlichen Auflagen und Ansprüche zukommen, welche zu ihrem Begründetsein die Person eines Kaufmannes erfordern. Eben deshalb sagt der Artikel nicht: „Kaufmann ist", sondern „als Kaufmann ist anzusehen"[3]) und setzt bei:

2) im Sinne dieses Gesetzbuches.

Wo demnach im Handelsgesetzbuche von einem „Kaufmanne" gesprochen wird, ist dafür der im vorstehenden Artikel festgesetzte Begriff maßgebend; es werden „Personen, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreiben", vorausgesetzt, wenn die Vorschriften des Gesetzbuches über Publizität, Buchführung, Firmen, Prokura und Handelsvollmacht Anwendung finden sollen; diese Personen sind verstanden, wenn von der Pflicht zur Sorgfalt eines „ordentlichen Kaufmannes (Geschäftsmannes)" (Art. 282, 343, 344, 361, 367, 380) gesprochen wird, diesen Personen stehen die im Art. 289, 290, 291, 292 Abs. 2, 297, 300, 301, 306, 309, 310, 311, 313, 314, 323, 378, 388, 420 aufgeführten Rechte und Pflichten zu; endlich ist, um zu entscheiden, ob gewisse Geschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind, maßgebend, ob sie von einer unter den Begriff des Art. 4 fallenden Person geschlossen wurden (Art. 272 Abs. 2, Art. 273[4]).

Die Bestimmung des Art. 4, daß die Definition des Kaufmannes sich nur auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuches beziehe, kann landesgesetzlich erweitert werden; so ist im Art. 6 des bayerischen Einführungsgesetzes verordnet, daß überall, wo nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder der Prozeßgesetze Rechte und Verpflichtungen davon abhängig gemacht werden, daß eine Person ein Kaufmann sei, die Begriffs-

---

[1]) Vgl. Endemann Handelsrecht S. 64 Note 3.

[2]) Der im Art. 4 aufgestellte Begriff ist daher nicht ohne Weiteres maßgebend für die Steuerverhältnisse, die Börsenberechtigung u. s. w. (Prot. S. 1255).

[3]) Bei den Verhandlungen (Prot. S. 1255) wurde mit Recht bemerkt, es würde dem Sprachgebrauche widerstreiten, wenn man z. B. den Frachtführer einen Kaufmann nennen wollte, während Nichts entgegenstehe auszusprechen, daß derselbe rechtlich wie ein Kaufmann zu behandeln sei.

[4]) Wenn man von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ausgeht, kann man allerdings mit Thöl §. 12. II auch jetzt noch sagen, es gebe Nichtkaufleute mit kaufmännischen Rechten und Kaufleute ohne solche.

festsetzung des a. D. HGB. zu Grunde gelegt werden muß[5]). Aehnlich verfügt das Preußische Einf.-Ges. im Art. 27 und 31.

In wieweit die Begriffsbestimmung des Art. 4 für die Anwendung der Strafgesetze[6]) maßgebend sei, ist mehrfach Gegenstand der Kontroverse geworden. So viel steht fest, daß die Beurtheilung der Qualität des Angeklagten auch hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft nicht etwa in einem Präjudizialverfahren von dem Handelsrichter zu geben ist, sondern daß der Strafrichter diese selbständig zu bethätigen hat[7]). Dagegen wird der Strafrichter sich bei dieser Feststellung an andere gesetzliche Bestimmungen als die handelsrechtlichen nicht wohl halten können; wer Kaufmann sei, ist zur Zeit in allen Beziehungen des Rechtslebens nach Art. 4 zu beurtheilen[8]).

3) wer.

Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob es sich um eine physische oder eine juristische Person handelt[9]); nicht blos der Einzelne, welcher gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, sondern auch diejenigen Korporationen oder Stiftungen, welche den Gewerbebetrieb ausüben, sind als Kaufleute anzusehen[10]). Allein man darf hiebei nicht übersehen, daß der

---

[5]) Vgl. die Erläuterungen in Lutz, Kommentar zum bayerischen Einf.-Gesetze S. 42 ff. und eine Anwendung des Satzes in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen (Erlangen, Palm und Enke) Bd. I S. 124.

[6]) In Bayern handelt es sich hiebei um Anwendung der Art. 328 und 329 des Strafgesetzbuches, vgl. den Lutz'schen Kommentar zum Einf.-Ges. S. 44 u. 45.

[7]) Ausgeführt in einem Erkenntnisse des Berliner Obertribunales vom 8. Sept 1864 (abgedruckt in Busch Archiv Bd. VII S. 158).

[8]) Dieser Ansicht ist Lutz a. a. O. und dieselbe wird auch in dem obigen Obertribunalserkenntnisse, dann in einem anderen Urtheile (abgedr. Busch Archiv Bd. VI S. 11) als selbstverständlich angenommen.

[9]) Der Art. 5 wäre daher nicht nothwendig gewesen, wenn die Handelsgesellschaft als juristische Personeneinheit angesehen wird; allein insoferne angenommen wird, daß hiebei ein von den einzelnen Gliedern der Gesellschaft verschiedenes Rechtssubjekt nicht bestehe, hätte die Subsumtion zweifelhaft werden können.

[10]) Voraussetzung des Eintrages in das Firmenregister ist der Betrieb eines Handelsgewerbes; die juristische Persönlichkeit einer Mehrheit von physischen Personen bewirkt dagegen, daß diese nicht in das Gesellschaftsregister, sondern unter den Einzelkaufleuten eingeschrieben wird, vgl. den Fall der evangelischen Brüdergemeinde in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 500, u. Busch Archiv Bd. III S. 359.

Art. 4 die fraglichen Personen nicht zu Kaufleuten erklärt, sondern sich nur dahin ausspricht, daß die Vorschriften über Kaufleute auf dieselben Anwendung finden; es wäre deshalb völlig irrig, wenn man den Staat, welcher ein Bankinstitut besitzt, oder die Gemeinde, welche eine Gasfabrik betreibt u. s. w., als solche für Kaufleute erklären würde. Es besteht hier ein wesentlicher, durch die innere Natur des Rechtssubjektes hervorgerufener Unterschied zwischen der natürlichen und der juristischen Persönlichkeit; die erstere wird eben als ein physisch Einzelner von der aus ihrem gewerbemäßigen Betriebe folgenden Eigenschaft als Ganzes und im Ganzen ergriffen; derjenige, welcher das Bankiergeschäft als Gewerbe treibt, ist überhaupt als Kaufmann anzusehen und wird stets als solcher behandelt werden müssen. Der Staat dagegen ist nur insoweit und insoferne Kaufmann [11]), als er durch ein spezielles Institut Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt; nicht also der Staat als solcher, sondern das betreffende Institut fällt unter Art. 4 [12]); nur auf dieses finden die Vorschriften der Art. 273 und 274 Anwendung, ihm liegen die im Gesetzbuche den Kaufleuten zugeschriebenen Pflichten ob, von ihm können die kaufmännischen Rechte beansprucht werden.

4) gewerbemäßig.

a) Das Wort gewerbemäßig soll vor Allem nicht das Erforderniß einer äußerlichen Standeseigenschaft begreifen, wie dieß aus Art. 11 des HGB. deutlich hervorgeht; nicht blos derjenige ist Kaufmann, welcher dem Gewerbe der Kaufleute, soweit solches nach polizeilichen oder sonstigen Anordnungen ein geschlossenes Ganze bildet, einverleibt ist.

b) Was nun aber unter dem Ausdrucke „gewerbemäßig" zu verstehen sei, ist von jeher sehr streitig gewesen [13]). Bei den Berathungen des Gesetzbuches (Prot. S. 1306) wurde angeregt, ob es nicht angemessen sei, im Gesetze festzustellen, was in demselben unter dem Ausdrucke „gewerbemäßig" verstanden werde, da dieß auch in dem französischen Gesetzbuche [14]) geschehen sei; ob dazu erfordert werde, daß Jemand aus dem Betriebe eines solchen Geschäftes einen Nahrungszweig mache, oder ob es genüge, wenn

---

[11]) Niemand wird sagen, das Königreich Bayern ist ein Kaufmann, weil in Nürnberg eine königliche Bank besteht oder die Eisenbahnen vom Staate betrieben werden, was insbesondere hinsichtlich der Präsumtion des Art. 274 von Wichtigkeit ist.

[12]) Priber in Busch Archiv Bd. I S. 249.

[13]) Vgl. die verschiedenen Definitionen bei Goldschmidt S. 335 Note 13.

[14]) Code de commerce „profession habituelle."

das Geschäft sehr häufig betrieben werde, oder wenn Jemand ein einzelnes Geschäft in vielen, längere Zeit hindurch fortgesetzten Handlungen erledige, z. B. wenn er den Verkauf eines selbst verlegten Buches besorge. Die Konferenz ging auf die genauere Auseinandersetzung des Begriffes jedoch nicht ein: „da man die Aufstellung einer zutreffenden allgemeinen Begriffsbestimmung für unthunlich und den Ausdruck „gewerbemäßig" für populär genug hielt, um einer richtigen Anwendung in einzelnen Fällen versichert sein zu können[15])."

Man kann nun zur näheren Erläuterung des Wortes gewerbemäßig verschiedene Gegensätze aufsuchen, z. B. häufigen Abschluß von Handelsgeschäften gegenüber einem einzelnen, einem nur selten bethätigten Geschäftsabschlusse, oder regelmäßig darauf gerichtete Thätigkeit gegenüber der gelegentlich gemachten Geschäfte; die Absicht den ständigen Lebensunterhalt aus dem Geschäftsbetriebe zu ziehen gegenüber derjenigen, nur einen momentanen Gewinn aus dem vorgenommenen Geschäfte zu erzielen[16]) u. s. w. Allein keiner dieser Gegensätze deckt den Begriff vollkommen; vielmehr ist dies Alles zusammenzufassen und der Geschäftsbetrieb dann als ein gewerbemäßiger zu erachten, wenn eine Person darin ihren Beruf und die Nutzbarmachung ihres Vermögens und ihrer Arbeitskräfte sucht, wenn sie darin ihre sociale Existenz begründet[17]).

c) Aus dieser Begriffsbestimmung folgt sofort, daß der gewerbemäßige Betrieb niemals prozessualisch bewiesen werden muß, sondern daß es

---

[15]) Ueber die Vermuthungen für den gewerbemäßigen Betrieb vgl. unten.

[16]) Ohne Gewinnabsicht überhaupt ist das Handelsgeschäft ohnehin nicht denkbar; daß dieselbe bei dem gewerbemäßigen Betriebe unter Umständen ganz zurücktreten könne, wie von Hahn (S. 9) meint, wird von Goldschmidt (S. 336 Note 13) bestritten.

[17]) v. Hahn S. 9: „Das Kriterium ist, daß der Wille einer Person nicht durch die Gelegenheit zum vortheilhaften Abschlusse eines oder mehrerer Handelsgeschäfte bestimmt erscheint und daß nicht die Absicht vorliegt, einzelne bestimmte Handelsgeschäfte abzuschließen, sondern daß der Wille von vorneherein auf den Abschluß von ganzen Reihen von Handelsgeschäften, welche eine zusammenhängende Masse bilden, gerichtet ist.
Goldschmidt S. 334: „Betrieb als dauernde Einkommensquelle, der Art, daß alle einzelnen Geschäfte als Theile eines gewollten größeren auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftkomplexes erscheinen und durch dieses innere Band eines einheitlichen Gewerbswillens zusammengehalten werden."

Sache des vernünftigen auf die begleitenden Umstände des Falles gestützten richterlichen Ermessens bleibt, hierüber im Einzelnen zu entscheiden[18]).

Gewisse Umstände werden hiebei deutlicher sprechen und so zu sagen eine Vermuthung für den gewerbemäßigen Betrieb der Handelsgeschäfte bilden; dahin gehört vor Allem der Betrieb in einem dem Publikum geöffneten Lokale (Laden, Magazin, Komptoir)[19]), die öffentliche Ankündigung des Betriebes (in Zeitungen, durch Adreßkarten, Cirkulare, durch Aushängen eines Schildes), die Beobachtung der unter den Kaufleuten üblichen oder für dieselben vorgeschriebenen Förmlichkeiten (Eintrag im Register, Zahlung einer Gewerbsteuer, Erwirkung der polizeilichen Erlaubniß), endlich die Einrichtung des Betriebes in einer gewissen Art von Ausdehnung[20]).

d) Dem Obigen zufolge kommt es nicht auf die Erklärung, ja nicht einmal auf die Absicht dessen an, der ein Geschäft abgeschlossen hat, sondern auf die thatsächlichen Verhältnisse. Derjenige, welcher keinen Gewerbebetrieb ausübt, kann dadurch, daß er bewegliche Sachen anschafft mit der Angabe, solche zum Geschäftsbetriebe verwenden zu wollen[21]), diese Anschaffung nicht zum Handelsgeschäfte nach Art. 273 Abs. 2 machen; andererseits wird z. B. ein Verlagsbuchhändler nicht mit der Einrede gehört werden können, er habe das Verlegen der Bücher nur zum Vergnügen und nicht als Gewerbe betrieben.

Selbst die betrügliche Absicht ändert hieran Nichts. Zwar ward bei Berathung des Handelsgesetzbuches[22]) das Prinzip zur Geltung zu bringen versucht, daß derjenige, der in einem Vertrage mit einem Dritten die Person

---

18) Namentlich wird das schon von Pardessus hervorgehobene Moment der „socialen Existenz" in's Gewicht fallen, wie sich denn z. B. hienach die in Goldschmidt a. a. O. Note 14 aufgeführten Beispiele leicht entscheiden lassen.

19) Hierin sah die frühere Praxis das Hauptkriterium der Merkantilfähigkeit, insbesondere in Bayern, vgl. die Präjudizien in Kletke S. 20 ff.

20) Dahin gehört der in Goldschmidt noch weiter aufgeführte Fall der Annahme einer Fabrikmarke oder eines Waarenzeichens, der Anschaffung der für Personen- oder Waarentransport über das eigene Bedürfniß hinausgehenden Geräthschaften, die Einrichtung einer Fabrik u. s. w.

21) z. B. Es kauft ein Commis in einem Bankiergeschäfte für sich einen feuerfesten Schrank in der Absicht, wenn er später ein selbständiges Geschäft eröffnen werde, denselben zur Aufbewahrung seiner Werthe zu benützen; ein Privatier kauft eine Anzahl Krüge und Gläser, unter der Vorgabe, er sei Gastwirth u. s. w.

22) Prot. S. 538.

und Eigenschaft eines Kaufmannes vorspiegele, dem dritten hiedurch hintergangenen Kontrahenten gegenüber sich gefallen lassen müsse, daß man ihn bei Beurtheiluug des abgeschlossenen Vertrages als einen Kaufmann ansehe [23]). Allein nachdem die Unzulässigkeit und Gefährlichkeit der in diesem Sinne vorgeschlagenen verschiedenen Sätze sich bei näherer Prüfung ergeben hatte, nahm man davon Umgang, eine Bestimmung dieser Art aufzustellen [24]).

e) Eine besondere Besprechung erfordern die kaufmännischen Institute des Staates und sonstiger juristischer Personen. Hier wird leicht der Gesichtspunkt, daß das Handelsgesetzbuch ein allgemeines Verkehrsrecht sein soll, zu gering angeschlagen und werden deshalb Einschränkungen versucht, die im Gesetze nicht begründet sind.

Es ist nun aber nicht gerechtfertigt, das Vorhandensein eines gewerbemäßigen Betriebes der Handelsgeschäfte in Bezug auf juristische Personen an andere Voraussetzungen zu binden, als hinsichtlich physischer Personen. Vorerst kann demnach darauf kein Gewicht gelegt werden, ob der Staat in dem betreffenden Gewerbe Konkurrenz der Privaten zuläßt oder nicht [25]); denn es wird nicht behauptet werden können, daß diejenige Privatperson, welche etwa ein ausschließendes Privilegium besitzt, gewisse Handelsgeschäfte allein und ohne alle Konkurrenz zu betreiben, deshalb aufhöre Kaufmann zu sein. Wenn aber die Kaufmannseigenschaft von der Möglichkeit einer Konkurrenz nicht abhängt, kann auch das Monopol des Staates oder der Umstand, daß ein Gewerbe ein sog. regales ist, einen Einfluß nicht äußern. Es kann aber ferner auch das Moment der Absicht eines Gewinnes nicht allzusehr in den Vordergrund gestellt [26]) und die Gewerbemäßigkeit dadurch nicht ausgeschlossen werden wollen, daß bei dem Betriebe auch noch ein anderer Zweck, als derjenige, Gewinn zu machen, verfolgt wird, selbst wenn dieser Zweck als das Hauptziel der Anstalt erscheinen sollte. Hierauf deuten schon die bei der dritten Lesung des Gesetzbuches über den Antrag wegen Exemtion der Posten gepflogenen Verhandlungen [27]). Es

---

23) Ein umgekehrter Fall ist erörtert in Busch Archiv Bd. IX S. 110.

24) Prot. S. 548 ff.

25) Ein solches Kriterium wäre auch kein prinzipielles; die Thätigkeit des Staates in Verwaltung seiner Eisenbahnen ist offenbar dieselbe, ob daneben auch eine Privatbahn besteht oder nicht, und doch soll deren rechtliche Qualifikation von diesem rechtlich indifferenten Umstande abhängen.

26) Wie dieß z. B. auch von Goldschmidt §. 44 Note 12 geschieht.

27) Prot. S. 5049 ff.

wurde hier speziell hervorgehoben, daß die Postanstalt nicht ein Institut zur Erzielung von Gewinn sei, daß sie daher als ein Gewerbe im engeren Sinne nicht angesehen werden könne, sondern eine der Wohlfahrtspolizei des Staates angehörige Aufgabe löse, daß sie auf Vermittelung des ganzen geistigen und materiellen Verkehres gerichtet sei. Allein es wurde hiegegen eingewendet[28]), daß dieß ohne Einfluß bleiben müsse; denn den Begriff vom Gewerbe im obigen Sinne habe das Gesetzbuch nicht adoptirt, vielmehr werde unter gewerbemäßigem Betriebe derjenige verstanden, bei welchem Geschäfte wiederholt und gegen Entgelt ausgeführt werden.

Diesem zufolge wird allerdings jedes staatliche, gemeindliche oder von einer Stiftung ausgehende Unternehmen, welches den dauernden Betrieb von Handelsgeschäften zum Zwecke hat, jedes Institut, welches das ihm zugewiesene Vermögen in Handelsgeschäften nutzbar macht und dem die Abschließung solcher Geschäfte als Beruf zugewiesen ist, als ein kaufmännisches im Sinne des Gesetzbuches anzusehen sein[29]).

Wohlthätigkeitsanstalten werden nun allerdings nicht unter den Begriff fallen; denn wenn auch davon abgesehen werden soll, ob der Ankauf von Waaren in der Absicht, sie zu verschenken, ein Handelsgeschäft bilde, da die Schenkung immerhin eine „Veräußerung" ist, so kann doch jedenfalls in der Wiederholung derartiger Ankäufe Seitens solcher Anstalten kein gewerbemäßiger Betrieb des Handels, keine Nutzbarmachung des Vermögens in Spekulationsgeschäften gefunden werden[30]). Die Versicherungsanstalten des Staates[31]), insoferne sie gewöhnlich auf Gegenseitigkeit beruhen, sind dieser ihrer Natur nach[32]) ausgeschlossen; der Münzregalbetrieb besteht zwar in Anschaffung von Edelmetallen, aber man wird die Ausgabe der geprägten Münzen, welche in der Regel durch die Staatskassen, nicht durch die Münzanstalt geschieht[33]),

---

[28]) Zwar ist diese Argumentation nur ein einzelnes Votum, allein es wurde schließlich danach materiell der Beschluß gefaßt und sonach muß dasselbe als Ansicht der Majorität und jetzt des Gesetzes angesehen werden.

[29]) Wie solches in dem oben citirten Aufsatze von Priber ausgeführt wird.

[30]) Daher z. B. die Suppenanstalten u. s. w. als nicht hieher gehörig zu erachten sind. Hinsichtlich städtischer Sparkassen vgl. Busch Archiv Bd. I S. 192, 223.

[31]) Z. B. die Immobiliarfeuerversicherungsanstalt des bayerischen Staates.

[32]) Vgl. Motive zum Preuß. E. S. 7 u. 104.

[33]) Der Fall, daß Bankiers den Münzen Silber oder Gold übergeben zur Ausprägung, fällt unter Art. 272, geschieht aber nicht gewerbemäßig, sondern diese Manipulation ist eine „ungewöhnliche."

nicht wohl als gewerbemäßige Weiterveräußerung erachten können; Sparkassen, Leihhäuser und Darlehensanstalten betreiben im strengen Wortsinne keine Banquier- oder Geldwechslergeschäfte.

Dagegen fallen die Staatseisenbahnen, die Posten und die Telegraphenanstalten unter die kaufmännischen Institute[34]). Es ergibt sich dieses sofort, wenn man dieselben Unternehmungen sich in den Händen von Privaten denkt[35]). Es läßt sich nicht bezweifeln, daß das Geschäft der Eisenbahnen unter Art. 272 Ziff. 3 fällt, und daß dieselben für den Transport von Personen bestimmte Anstalten sind[36]). Allein eben so gewiß ist es, daß auch die Postanstalten Frachtgeschäfte betreiben, und zwar nicht blos, indem sie Packete u. dgl. zur Beförderung übernehmen (als Fahrpost), sondern auch, insoferne sie den Briefverkehr vermitteln als Briefpost[37]). Hiedurch ist nicht verkannt, daß die Post als eine die Förderung des gemeinen Wohles erstrebende Staatsanstalt anzusehen ist, daß sie unseren heutigen Begriffen gemäß eine nothwendige öffentliche Einrichtung bildet, daß sie vom Staate betrieben werden müßte, auch wenn sie keinen Gewinn abwerfen sollte, und endlich, daß die Verwaltung der Staatsposten die Ausübung eines Staatshoheitsrechtes in sich schließe; allein, wie bei den Konferenzverhandlungen wiederholt anerkannt wurde[38]), dieses Alles hindert nicht, die zur Ausübung des Regals bestimmte Anstalt denjenigen Normen unterzuordnen, welche dem Charakter entsprechen, der den von ihr geschlossenen Rechtsgeschäften privatrechtlich zukommt.

Was das Telegraphenwesen anlangt, so läßt sich die Anstalt zur Beförderung von Telegrammen gleichfalls nur nach Analogie einer Transport-

---

[34]) Vgl. Lesse in der a. d. Gerichtszeitung v. 1863 Nr. 52 und eine Rekapitulation der bisherigen Erörterungen dieser Frage von Ackermann in Busch Archiv Bd. VI S. 197.

[35]) Auch die Vertheidiger einer engeren Interpretation geben zu, daß, sobald der Staat den Betrieb verpachtet oder Privaten (gegen Entschädigung) überläßt, derselbe ein kaufmännischer sei, vgl. Goldschmidt Note 12 auf Seite 351.

[36]) Vgl. das Erkenntniß des Stuttgarter Obertribunals, wodurch die Würtembergische Staatseisenbahnverwaltung als Kaufmann erklärt wurde, in Busch Archiv Bd. IX S. 455; eine andere Ansicht hat das Hofgericht der Provinz Starkenburg vertreten, vgl. Busch Archiv Bd. III S. 131; ebenso das Sächsische Justizministerium siehe Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 558 und Busch Archiv Bd. I S. 522.

[37]) Vgl. das Erkenntniß des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes über diese Frage in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II S. 397.

[38]) Prot. S. 855, 1250, 5048 ff.

unternehmung behandeln, und eben deshalb muß auch die Staatstelegraphenanstalt als ein kaufmännisches Institut erklärt werden.

Strafanstalten, Besserungshäuser, Armenbeschäftigungsinstitute u. dgl. gehören als solche natürlich nicht zum Handelsstande; allein wenn in diesen Anstalten gewisse Handwerke und Fabrikationszweige betrieben werden, so betreibt der Staat oder die betreffende Gemeinde in dieser Richtung nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte, und es wird, nicht die Strafanstalt u. s. w. selbst, wohl aber das den Einkauf und Verkauf bewerkstelligende Etablissement die Rechte und Pflichten eines Kaufmannes nach Art. 4 überkommen müssen.

Völlig unzweifelhaft endlich fällt der Staat u. s. w. unter die Kategorie der Kaufleute hinsichtlich derjenigen handelsgewerblichen Unternehmungen [39]), welche entweder lediglich aus finanziellen Absichten oder zugleich aus anderweitigen militärischen [40]) oder nationalökonomischen [41]) Rücksichten betrieben werden.

Auch macht es natürlich keinen Unterschied, ob der Fiskus u. s. w. ein kaufmännisches Unternehmen allein betreibt, oder ob er sich hiezu mit Privatpersonen oder anderen Korporationen verbindet.

5) Handelsgeschäfte.

Was als Handelsgeschäft anzusehen ist, bestimmen Art. 271 und 272, und wird bei der Erläuterung dieser Artikel näher erörtert werden [42]). Dagegen ist hier die Streitfrage zu berühren, ob zum Begriffe des Kaufmannes die Gleichartigkeit der betriebenen Handelsgeschäfte erfordert

---

[39]) Vorausgesetzt wird hiebei natürlich, daß die Unternehmung in dem Betriebe von Handelsgeschäften besteht; ist dieselbe z. B. ein reines Produktionsgeschäft, so fehlt es selbstverständlich an der ersten Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft. Vgl. hierüber das Erk. des Berliner Kammergerichtes in Busch Archiv Bd. III S. 410.

[40]) Z. B. die Fabrikation von Pulver u. s. w., in so weit solches in den Handel kommt.

[41]) Z. B. um zugleich den sonstigen Gewerben als Muster zu dienen, Porzellanmanufakturen, das Münchner Hofbräuhaus vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 350 Note 12. Hinsichtlich städtischer Gasanstalten wurde die Frage verneint vom Kreisgerichte zu Thorn (Centralorgan v. 1862 Nr. 41), bejaht von verschiedenen anderen Gerichten vgl. Busch Archiv Bd. I S. 387.

[42]) Die Praxis hat bereits eine große Menge konkreter Entscheidungen geliefert, die hier einstweilen erwähnt werden sollen, da eine Beleuchtung der dabei maßgebenden Fragen erst bei der Erörterung des Begriffes „Handelsgeschäft" am Platze ist. (Es ist der Kürze halber hiebei nur das Archiv von Busch

wird. Goldschmidt (S. 337 Note 14[a]) u. Thöl (S. 90) bejahen die Frage, Auerbach (Handelsgesetz S. 27) u. Dietzel (Archiv f. WR.

---

citirt worden, die meisten Entscheidungen sind aber auch im Centralorgan und in Goldschmidt's Zeitschrift abgedruckt:)

Agenten Bd. I S. 384 u. 222, Bd. III S. 57.

Apotheker Bd. I S. 180, 181, 222, 383, 477, 481, 520, Bd. VII S. 1 und 4, Bd. II S. 151, Bd. III S. 51, 131, 405, Bd. IV S. 251, Bd. V S. 495, Bd. VIII S. 156, 211.

Appreteure Bd. VII S. 414.

Bäcker Bd. I S. 534.

Bauunternehmer Bd. II S. 151, Bd. III S. 361.

Boten Bd. III S. 52.

Brauer Bd. III S. 50, Bd. V S. 494.

Branntweinbrenner Bd. III S. 55.

Collekteure Bd. II S. 9—17, Bd. VI S. 110, Bd. IX S. 466.

Drechsler Bd. V S. 494.

Eisenwerksbesitzer Bd. III S. 46, Bd. V S. 497.

Fleischer Bd. I S. 571, Bd. IV S. 293, Bd. VII S. 347.

Gerber Bd. IV S. 289.

Goldschläger Bd. V S. 305.

Handelsgärtner Bd. I S. 567, Bd. V S. 245.

Kaffeesieder Bd. III S. 58.

Kalkofenbesitzer Bd. I S. 579.

Kürschner Bd. I S. 412.

Lackirer Bd. I S. 570.

Lohnkutscher Bd. I S. 323, Bd. III S. 52, Bd. V S. 304.

Lotterie Bd. II S. 9—17, Bd. VI S. 110, Bd. IX S. 466.

Metzger Bd. I S. 571, Bd. VII S. 347.

Müller Bd. IV S. 289.

Oekonomen einer Gesellschaft Bd. III S. 360.

Schäfereibesitzer Bd. IX S. 290.

Schlosser
Schmiede
Schneider
Schuhmacher } Bd. V S. 494.

Spengler Bd. V S. 494.

Steinbruchbesitzer Bd. I S. 579.

Steinkohlenbergwerk Bd. I S. 522, Bd. V S. 497.

Viehhändler Bd. V S. 496.

Wirthe Bd. I S. 120 und 140, Bd. VI S. 16.

Ziegeleibesitzer Bd. I S. 382, Bd. II S. 225, 280.

Zimmerleute Bd. VII S. 347.

Bd. VII S. 254) verneinen sie. Diese letztere Ansicht wird im Hinblicke auf den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes „Handelsgeschäfte“ und nach der oben gegebenen Definition des Wortes „gewerbemäßig“ als die richtige anzuerkennen sein, dagegen aber praktisch der Fall, daß eine Person keines der Grundgeschäfte als das eigentliche Gebiet seiner Thätigkeit auswählt, sondern seine Absicht von vorneherein auf eine unbestimmte Reihe von Handelsgeschäften aller Art gerichtet ist, nicht wohl vorkommen.

Von selbst versteht sich, daß unter dem Ausdrucke „Handelsgeschäfte“ nur die sogenannten Grundgeschäfte (Art. 271 und 272) verstanden werden können, denn nachdem die sog. Hülfsgeschäfte (Art. 273, insbesondere Abs. 2) nur dadurch die Eigenschaft von Handelsgeschäften annehmen, daß sie von einem Kaufmanne vorgenommen werden, können sie die Eigenschaft eines Kaufmannes, welche ihre Voraussetzung ist, nicht begründen [13]).

6) betreibt.

Es wird der Definition des Art. 4 vorgeworfen, dieselbe sei nicht vollständig [14]); es fehle das Kriterium des Betreibens in eigenem Namen; denn wer im fremden Namen ein Handelsgewerbe ausübe, sei Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, und zwar entweder wirklicher oder vermeintlicher. Nun ist zwar richtig, daß der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte [15]) überhaupt diejenigen Personen, welche ein fremdes Geschäft betreiben [16]), nicht unter die Begriffsbestimmung des Art. 4 zu subsumiren sind [17]), allein demohngeachtet ist die Bemängelung der Definition ungegründet. Vor Allem darf nicht etwa darauf gesehen werden wollen, wer den Gewinn des Handelsgewerbes zieht oder dessen Verlust trägt, auf wessen Rechnung das Geschäft betrieben wird. Wenn ich dem Besitzer des Geschäftes X. mein Kapital zur Verfügung gestellt habe und vertragsgemäß nach Abzug von jährlich 1200 fl., welche dem Besitzer des Ge-

---

[13]) Vgl. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 547.

[14]) Z. B. Thöl S. 86 Note f.

[15]) Dieses lehrten schon die italienischen Praktiker vgl. Goldschmidt S. 331 Note 7.

[16]) Der Handlungsgehülfe ist ohnehin kein Kaufmann, weil er das Geschäft nicht betreibt, sondern nur in demselben hilft; vgl. Auerbach im Archiv für Wechselrecht Bd. XI S. 78.

[17]) Also auch nicht die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, die Vorstände einer Aktiengesellschaft u. s. w. vgl. Goldschmidt S. 332.

schäftes als Lebensunterhalt belassen werden, den ganzen Reinertrag zu ziehen habe, dagegen auch der etwaige Verlust mir zugeht, so bin ich doch deshalb noch nicht Kaufmann, und werde es selbst dann noch nicht, wenn ich in dem Geschäfte (z. B. als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter oder ohne eine solche Stellung als Volontär) selbst thätig mitwirke.

Anderseits wenn ich Eigenthümer des Geschäftes X. zu München bin, halte mich aber in Paris auf und lebe von den Erträgnissen meiner Landgüter, während ich den Geschäftsertrag meinem Schwiegersohne, welcher als Prokurist das Münchner Geschäft führt, ein für allemal überlassen habe, so bin ich dennoch Kaufmann im Sinne des Gesetzbuches [48]).

Man kann aber auch nicht das Kriterium darin finden, auf wessen Namen das Geschäft betrieben wird [49]); wenn Müller Inhaber der Firma Gottfried Schulze ist, welch' letzterer das früher von ihm unter seinem Namen betriebene Geschäft mit der Firma an Müller übertragen hat und von seinen Renten lebt, so ist nicht Schulze, auf dessen Namen das Geschäft betrieben wird, sondern Müller, dessen Name möglicher Weise im ganzen Geschäftsbetriebe nicht vorkommt, Kaufmann.

Es hat deshalb lediglich darauf anzukommen, wer rechtlich den Gegenkontrahenten gegenüber Forderung und Verpflichtung aus dem Geschäfte überkommt; denn dieser ist es, welcher vom rechtlichen Standpunkte aus die Geschäfte betreibt, vor dem Gesetze kommt kein anderer Betrieb als derjenige in Betracht, welcher die Rechtsfolgen nach sich zieht [50]).

Es werden hienach insbesondere die Fälle der Verpachtung eines Geschäftes und der Betrieb durch gesetzliche Vertreter sich entscheiden lassen.

a) Daß der Pächter eines Handelsetablissements als Kaufmann im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, unterliegt keinem Zweifel; denn derselbe betreibt gewerbemäßig Handelsgeschäfte und zwar nicht als Bevollmächtigter eines anderen, sondern unter eigenem Namen und für eigene Rechnung; er

---

[48]) Die frühere Doktrin nahm dieses nicht an, vgl. Goldschmidt a. a. O. Note 7.

[49]) Der offene Gesellschafter, welchen Goldschmidt als Kaufmann anerkennt, betreibt das Handelsgewerbe nicht auf seinen Namen; doch kann man, wie a. a. O. Note 11 am Ende scharfsinnig bemerkt ist, allerdings sagen, die Firma der offenen Gesellschaft vertrete eben die Namen aller Gesellschafter.

[50]) Bei dieser Definition lösen sich dann die Fragen, ob ein offener Gesellschafter, ein Aktionär u. s. w. Kaufmann sei oder nicht, von selbst. Vgl. die Erläuterungen zu Art. 5.

tritt allen Kunden als Kontrahent gegenüber. Der Verpächter schließt zwar, indem er das Etablissement verpachtet, ein Handelsgeschäft ab [51]); allein da nicht er die Handelsgeschäfte, in welchen der Betrieb des Etablissements besteht, abschließt, so wird er durch diesen einen Akt nicht zum Kaufmanne [52]).

Sollte er daher auch z. B. für das Etablissement bewegliche Sachen anschaffen, so sind die desfallsigen Geschäfte keine Handelsgeschäfte [53]); dagegen aber wohl, wenn der Pächter solche Anschaffungen macht. Anders stellt sich natürlich die Sache, wenn der Pächter das Handelsgewerbe im Namen des Verpächters in der Art ausübt, daß dieser aus dem Geschäftsbetriebe rechtlich verhaftet wird [54]).

b) Schwieriger ist die Frage hinsichtlich der Ausübung eines Handelsgewerbes durch gesetzliche Vertreter [55]) zu entscheiden.

Die Einen erklären den Bevormundeten [56]), die Anderen den Vormund [57]), die dritten keinen von beiden als Kaufmann. Die erste Ansicht dürfte als die richtige anzusehen sein [58]). In dem Eigenthümer des Geschäftes finden sich die Momente des rechtlichen Betriebes des Gewerbes, wenn er gleich faktisch am Betriebe nicht Theil nimmt, und spricht für diese auch die Analogie des Art. 2 Ziff. 2 der A. D. Wechselordnung; es ist offenbar einerlei, ob das Geschäft von einem durch den Eigenthümer oder wenn derselbe z. B. geisteskrank wäre, durch seinen gesetzlichen Vertreter, welcher dessen Person repräsentirt, aufgestellten Prokuristen geführt wird; ist dieses aber der Fall, dann kann es rechtlich auch keinen Unterschied machen, daß etwa der Kurator das Geschäft selbst leitet.

---

[51]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch §. 57 Note 40. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 120.

[52]) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß, wenn der Verpächter etwa zugleich für sich ein anderweitiges Handelsgewerbe betreibt, die Argumentation nicht Platz greift, z. B. der Bierbrauer, welcher eine ihm gehörige Wirthschaft verpachtet hat, ist als Bierbrauer immerhin Kaufmann.

[53]) Vgl. die Entscheidung in der Bayrischen Sammlung Bd. I S. 547.

[54]) Derartiges kommt mitunter vor; der Pächter stellt Rechnung und gibt von dem Ertrage eine Quote als Pachtschilling ab.

[55]) Hinsichtlich der juristischen Personen siehe S. 38 ff.

[56]) Z. B. Goldschmidt S. 332.

[57]) Wenigstens unter besonderen Umständen vgl. Brix a. d. Handelsgesetzbuch (1864) S. 16.

[58]) Gad S. 15 Note 1.

Art. 5.

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht.

Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Gränzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen.

Pr. E. Art. 3. I. E. Art. 3. II. E. Art. 4. Pr. S. 538 ff., 1258 ff.

1) Der Preußische Entwurf hatte in seinem Artikel 87 den Satz ausgesprochen:

Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen;

und nachdem, wie die Motive (S. 8) besagen, hiedurch die Handelsgesellschaften als selbständige Handelspersonen anerkannt waren, mußten dieselben den Einzelkaufleuten gleichgestellt werden.

Bei den Berathungen wurde einerseits hervorgehoben, daß, nachdem die Auffassung gehoben sei, als ob die Handelsgesellschaften juristische Personen seien, auch die vorgeschlagene Gleichstellung derselben mit den Einzelkaufleuten unhaltbar erscheine; anderseits wurde es für unnöthig erklärt, besonders auszusprechen, daß die Bestimmungen über die Kaufleute dadurch nicht unanwendbar werden, daß der Kaufmann [1]) sein Geschäft in Verbindung mit einem oder einigen anderen Kaufleuten oder mit einem stillen Gesellschafter betreibe [2]). Allein mit Recht wurde eingewandt, daß eine derartige Bestimmung immerhin nothwendig erscheine, weil z. B. die Aktionäre einer Aktiengesellschaft, die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft keineswegs immer Kaufleute seien.

---

[1]) Wenn der Fiskus oder eine sonstige juristische Person als Gesellschafter auftritt, ändert dieses Nichts, vgl. oben Seite 41.

[2]) Immer wird hiebei natürlich vorausgesetzt, daß das Geschäft ein kaufmännisches, die Gesellschaft eine Handelsgesellschaft sei; ob eine Gesellschaft unter den Art. 5 falle, insbesondere also, ob die modernen Genossenschaften (Kreditvereine, Konsumvereine u. s. w.) in das Handelsregister einzutragen seien, hängt demgemäß lediglich von Entscheidung der Frage ab, ob sie als Handelsgesellschaften nach Maßgabe des Buches II angesehen werden können.

Es wurden deshalb die folgenden Sätze aufgenommen:

2) Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten auch in Betreff der Handelsgesellschaften. Nicht in Betreff der Handelsgesellschafter; das heißt die Gesellschaft als solche als das wirthschaftlich selbständige Verkehrswesen, welches sie ist, hat alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes. Die Gesellschaft muß mit ihrer Firma im Handelsregister eingetragen, das Gesellschaftsvermögen muß beim Beginne des Gewerbes und jedes Jahr inventirt und bilanzirt, es muß über das Gesellschaftsvermögen Buch geführt werden. Es gelten aber für dieses handelsrechtliche Subjekt auch alle anderen hinsichtlich der Kaufleute gegebenen Vorschriften; die Gesellschaft kann kaufmännische Zinsen nehmen, sie kann sich zu einer unbeschränkten Konventionalstrafe verpflichten, sie kann für geleistete Dienste auch ohne Verabredung Vergütung fordern, es steht ihr das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht zu u. s. w.

Auf die Mitglieder der Gesellschaft als solche bezieht sich, wie erwähnt, der Artikel nicht; dadurch allein, daß Jemand Theilhaber einer Handelsgesellschaft ist, wird er nicht als ein Kaufmann geachtet. Bei der offenen Handelsgesellschaft kommt dieser Unterschied allerdings nicht vor; denn wenn auch der eine Gesellschafter von der Geschäftsführung der Gesellschaft völlig ausgeschlossen ist, so wird er doch aus den Geschäften berechtigt und verpflichtet; er betreibt deshalb und vermöge der Begriffsbestimmung des Art. 85 das kaufmännische Gewerbe zugleich mit, weil er eben Gesellschafter ist[3]). Anders verhält es sich bei der Kommanditgesellschaft[4]); zwar erscheint auch hier vermöge der Vorschrift des Art. 150 der Kommanditist als Mittheilhaber des Handelsgeschäftes und des Handelsnamens (Prot. S. 1099); allein das Gesetz sagt hier nur, daß das Gewerbe unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werde, nicht, daß die Theilhaber es unter einer gemeinschaftlichen Firma betreiben. Das Geschäft wird vielmehr nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern betrieben, der Kom-

---

[3]) Ebenso Auerbach S. 28. Goldschmidt S. 333. Anderer Ansicht ist v. Hahn S. 10 und die bei Goldschmidt a. a. O. Note 11 citirten Schriftsteller. Dabei ist eine andere Frage, ob auch jene Rechtssätze, welche für den kaufmännischen Gewerbebetrieb speziell aufgestellt sind, z. B. Art. 29, 272 Abs. 2, 273, 274, 290, 297 oder nur die allgemeinen Vorschriften in Art. 34, 289, 291, 292 Abs. 2, 300, 301, 309—311, 313 auf derartige Kaufleute, insoferne sie im Uebrigen nur einzelne Handelsgeschäfte treiben, anwendbar sind.

[4]) Vgl. Prot. S. 1259.

manditist ist nur mit Vermögenseinlage betheiligt; nicht er für seine Person wird berechtigt und verpflichtet, sondern es haftet nur seine Einlage. Da nun Art. 4 den **Betrieb** eines kaufmännischen Gewerbes zum Begriffe des Kaufmannes erfordert, so folgt, daß der Kommanditist dadurch allein, daß er mit einer Vermögenseinlage bei dem Betriebe eines kaufmännischen Gewerbes sich betheiligt, noch nicht zum Kaufmanne wird [5]).

Zweifellos ist dieses um so mehr bei dem stillen Gesellschafter und bei dem Aktionäre der Fall.

3) Es würde sich wohl haben rechtfertigen lassen, wenn das Gesetzbuch **alle** Aktiengesellschaften den Bestimmungen des Buch II Titel 3 unterworfen hätte. Allein jedenfalls kann die Gleichstellung des in der Aktiengesellschaft auftretenden Rechtssubjektes mit dem Einzel**kaufmanne** nur dann erfolgen, wenn das Geschäft, welches in der Form der Aktiengesellschaft betrieben wird, ein kaufmännisches ist.

In dieser Hinsicht ist der Ausdruck gewählt, **Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht.** Hiedurch ist gesagt, daß es nicht darauf ankommt, ob die Aktiengesellschaft ihr Unternehmen kaufmännisch geregelt hat, ob ihr innerer und äußerer Geschäftsbetrieb sich in kaufmännischen Formen bewegt, sondern es sind nur solche Aktiengesellschaften den Kaufleuten gleichgestellt, welche die in Art. 271 und 272 aufgeführten Geschäfte gewerbemäßig betreiben, demnach nur solche Aktiengesellschaften, welche Handelsgesellschaften sind, wie denn auch Art. 207 nur solche den Bestimmungen des dritten Titels im zweiten Buche unterwirft. Es finden demnach alle jene Unterscheidungen Anwendung, welche z. B. hinsichtlich des Begriffes „Anschaffung" (im Art. 271) beim Einzelkaufmanne zu machen sind. Wenn man unter Anschaffung nur die Erwerbung durch ein **Rechtsgeschäft** versteht, so fällt eine Aktiengesellschaft zum Betriebe von Bergwerken, Steinkohlengruben, Ziegeleien u. s. w. nicht unter das Handelsgesetzbuch [6]); begreift man dagegen unter Anschaffung auch den Arbeits- und Geldaufwand zur

---

[5]) Dadurch, daß eine Frau mit Vermögenseinlagen sich an einem kaufmännischen Geschäfte betheiligt, wird sie nicht zur Handelsfrau (vgl. Prot. S. 888); dagegen kann sie sich hinsichtlich ihrer Einlagen auf die Privilegien ihres Geschlechtes nicht berufen. Vgl. Art. 6 Abs. 3.

[6]) Vgl. die **Sächsische** Ministerialentschließung in Busch Archiv Bd. I S. 520. — Preußisches Gesetz über die Aktiengesellschaften, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, vom 15. Februar 1864. (Ges.-Samml. 1864 S. 57.)

Gewinnung von Naturstoffen, so sind solche Aktienunternehmungen als kaufmännische zu behandeln [7]).

4) Daß der Betrieb der Bankiergeschäfte nicht deshalb aufhört, ein kaufmännisches Geschäft zu bilden, weil eine Gesellschaft oder Korporation dieses Gewerbe öffentlich, etwa unter dem Schutze besonderer Privilegien, betreibt, ist selbstverständlich. Der Absatz 2 des vorstehenden Artikels soll aber insbesondere die von dem Staate selbst betriebenen Bankiergeschäfte treffen. Denn wenn es auch an sich zweifellos ist [8]), daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuches auch auf den Staat Anwendung finden müssen, wenn für dessen Rechnung Handelsgeschäfte betrieben werden, so kann es doch, weil die Staatsmonopole dem öffentlichen Rechte angehören, zweifelhaft erscheinen, ob auf die mit Verwaltung solcher Monopole beauftragten Personen die Vorschriften über Prokuristen u. s. w. anzuwenden sind [9]).

Man besorgte ferner, daß es hinsichtlich der Banken mitunter sehr zweifelhaft bleiben könnte, welche Eigenschaft ihnen innewohne, da ihr Geschäft in manchen Staaten vornemlich in einer mit dem Handelsrechte nicht zusammenhängenden Thätigkeit, z. B. in Annahme von Depositen in Prozessen oder für Mündel u. s. w. besteht; deshalb hielt man eine spezielle Erwähnung derselben für nothwendig, ohne daß jedoch hieraus, wie sich aus der zu Art. 4 gegebenen Erörterung ergibt, per argumentum a contrario die Ausschließung anderer Staatsanstalten gefolgert werden dürfte [10]).

---

[7]) Vgl. Erkenntniß des österreichischen obersten Gerichtshofes in Busch Archiv Bd. III S. 49. Vgl. auch Bd. II S. 225.

[8]) Man hat hiegegen irrigerweise eingewendet, der Fiskus könne als solcher weder Vergehen, noch quasi Vergehen begehen, daher sei bei ihm die mit Ordnungsstrafen befohlene Befolgung der handelsgesetzlichen Vorschriften nicht erzwingbar. Vgl. Busch Archiv Bd. III S. 409.

[9]) Vgl. überhaupt oben zu Art. 4 S. 38 ffg.

[10]) Prot. S. 1260. Nicht nur die Hypotheken- und Wechselbank in München, sondern auch die kgl. bayerische Bank zu Nürnberg ist in das Handelsregister eingetragen; dagegen hat das Oberlandesgericht zu Wien (Busch Archiv Bd. III S. 61) mit Ungrund (vgl. Stubenrauch in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung von 1863 S. 549) die Eintragung der österreichischen Nationalbank abgelehnt und das Kammergericht zu Berlin hat mit Erk. v. 20. Dezember 1862 (Busch Archiv Bd. I S. 388) der Preußischen Bank sogar überhaupt den Charakter einer kaufmännischen Handelsniederlassung

Art. 6.

Eine Frau, welche gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (Handelsfrau), hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.

Dieselbe kann sich in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen nicht berufen.

Es macht hiebei keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.

Pr. E. Art. 4. I. E. Art. 4. II. E. Art. 5. Prot. S. 15 ff., 886.

Frau.

Jede Person weiblichen Geschlechtes, sei sie ledig, verheirathet oder Wittwe, welche Handelsfrau ist, fällt unter die Bestimmungen dieses Artikels; für Ehefrauen gelten nur noch weiter die Vorschriften der Art. 7 und 8.

Gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.

Die sämmtlichen Momente, welche den Mann zum Kaufmanne machen und welche in Art. 4 näher erläutert sind, machen die Frau zur Handelsfrau; es bedarf keiner weiteren Thatsache, als der Ausübung des Gewerbes [1]), insbesondere auch bei der Frau nicht einer ausdrücklichen Erklär-

---

abgesprochen, weil sie zwar Handelsgeschäfte, aber nicht gewerbemäßig betreibe; denn nachdem in §. 1 der Bankordnung als Zweck des Institutes aufgestellt werde, daß die Bank bestimmt sei, den Geldumlauf des Landes zu befördern, Kapitalien nutzbar zu machen, Handel und Gewerbe zu unterstützen und einer übermäßigen Steigerung des Zinsfußes vorzubeugen, betreibe die Bank ihre Geschäfte zur Beförderung der öffentlichen Wohlfahrt, und wenn sie auch Gewinn mache, so sei dieses nicht ihr Zweck. Mit Recht erklärt sich Auerbach S. 39 mit dieser Entscheidung nicht einverstanden, denn ebensogut könnte man einen reichen Bankier, welcher der Beschäftigung und des Vergnügens an der Sache wegen sein Geschäft fortbetreibt, von den Kaufleuten ausschließen.

[1]) Durch Betheiligung an einem einzelnen Gewinngeschäfte, Einschuß eines Kapitales in einen Handelsbetrieb als Kommanditistin oder stille Gesellschaf-

ung, Handelsfrau sein zu wollen, oder des Eintrages in das Handelsregister [2]).

Hiedurch werden aber die Vorschriften, welche in gewerbepolizeilicher Hinsicht den Handelsbetrieb des weiblichen Geschlechtes etwa beschränken, nicht berührt, worüber alles Dasjenige gilt, was zu Art. 12 bemerkt ist.

In dem Handelsbetriebe.

Der Preußische Entwurf hatte sich des Ausdruckes bedient: in ihrem Handelsbetriebe. Hieraus wollte gefolgert werden (Prot. S. 887), daß eine Handelsfrau nur bezüglich derjenigen Geschäfte, welche dem von ihr betriebenen Handelsgewerbe angehörten, dem Kaufmanne gleichgestellt sei, indem nur diese ihr [3]) eigentlich bewilligt seien. Allein diese Auslegung wurde als irrig erachtet und deshalb der gegenwärtige Ausdruck gewählt, welcher aussprechen soll (Prot. S. 889), daß die Gleichstellung der Handelsfrau mit dem Kaufmanne ganz allgemein und ohne Rücksicht auf den Geschäftskreis eines gewissen Handelsgewerbes einzutreten habe.

Wenn demnach eine Frau z. B. das Gewerbe einer Putzmacherin betreibt, so ist sie nicht nur in Betreff der Einkäufe der benöthigten Bänder, Stoffe, Spitzen u. s. w. als Handelsfrau zu behandeln, sondern wenn sie etwa nebenbei an einem Hopfenspekulationsgeschäfte sich betheiligen oder für ein in der Nähe ihres Wohnortes stattfindendes militärisches Lager die Lieferung der zur Menage benöthigten Lebensmittel übernehmen würde, so wäre sie auch hinsichtlich dieser Geschäfte, (deren alleinige Uebernahme sie selbstverständlich noch nicht zur Handelsfrau gemacht hätte,) als Handelsfrau zu behandeln und allen Rechten und Pflichten eines Kaufmannes unterworfen.

Eine Handelsfrau ist insbesondere auch bei Vornahme aller in Art. 272 aufgeführten Geschäfte eben so selbständig, wie im Betriebe ihres speziellen Handelsgewerbes; es kann sich z. B. die Inhaberin eines Spezereiladens auf die weiblichen Rechtswohlthaten nicht berufen, wenn sie etwa neben-

---

terin, durch Theilnahme an einer Aktiengesellschaft, durch Offenhaltung einer Handlung, welche zu einer cum beneficio legis et inventarii angetretenen Erbschaft gehört, wird ein Frauenzimmer nicht Handelsfrau. Brinkmann §. 18. Vgl. auch Prot. S. 890.

[2]) Die bei Hahn S. 17 §. 10 erörterte Frage hinsichtlich der Zustimmung des Geschlechtsvormundes ist für Preußen wie für Bayern, da hier eine Cura sexus nicht mehr besteht, ohne Bedeutung.

[3]) Insbesondere, wenn sie Ehefrau sei, durch die Zustimmung des Mannes zum Handelsbetriebe.

bei eine Partie Seidenwaaren in Kommission zum Verkaufe übernommen hat.

Eben deshalb unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Bestimmungen der Art. 273 und 274 auf die Handlungen einer Handelsfrau Anwendung finden, daß die von ihr geschlossenen Verträge im Zweifel als Hülfsgeschäfte anzusehen sind, daß die von ihr zum Gewerbsbetriebe bewirkte Anschaffung beweglicher Sachen als Handelsgeschäft gilt.

In Betreff ihrer Handelsgeschäfte.

Dadurch, daß eine Frau ein Handelsgewerbe betreibt, verändert sich an und für sich ihre rechtliche Stellung nicht. Sie genießt im Allgemeinen nach wie vor die Privilegien, mit welchen die Gesetze das weibliche Geschlecht vor Uebervortheilung und Verleitung zu schwierigen Geschäften schützen wollen; insbesondere aber sind ihre Bürgschaften nur unter gewissen Umständen und wenn sie in einer gewissen Form abgegeben werden, gültig und rechtswirksam [4]; sie kann sich auf Grund des Senatusconsultum Vellejanum und der Authentica si qua mulier schützen.

Allein diese Hülfsmittel passen nicht zu dem strengen, auf Treue und Glauben beruhenden Rechte des Verkehrs; wer in diesen eingreift, wer im Handel thätig ist, der muß auch dessen Verbindlichkeiten im vollen Maße auf sich nehmen. Insoweit daher die Frau als Handelsfrau auftritt, tritt sie selbst aus dem Kreise des „schwachen Geschlechtes" heraus, und dann wird sie dem Kaufmanne gleich behandelt; sie muß für die aus Handelsgeschäften übernommenen Verpflichtungen mit ihrer Person haften, ihre Bürgschaften, soferne sie Handelsgeschäfte sind [5], bedürfen keiner besonderen Form.

Es fragt sich nun, wie verhält sich zu diesem Satze der Art. 317 des a. d. HGB.? Nachdem in diesem Artikel die Gültigkeit der Handelsgeschäfte durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist, könnte man schließen, daß die Bürgschaften der Frauen nicht blos, wenn die Bürgschaftsübernahme selbst ein Handelsgeschäft ist, sondern auch, wenn

---

[4]) Auch die Befreiung von der Personalhaft kann mit Hahn (S. 16 unten) zu diesen Rechtswohlthaten gerechnet werden. Das Vorrecht, ohne Geschlechtsvormund vorgenommene Handlungen nachträglich anfechten zu dürfen, besteht in Preußen wie in Bayern ohnehin nicht mehr.

[5]) Ob eine Kauffrau gegenüber ihrer Wechselunterschrift sich nicht des SCt. Vellejanum bedienen könne, vgl. Sammlung handelsgerichtl. Entscheid. in Bayern Bd. I S. 133 und die dort citirte Literatur, ferner Borchardt, d. allgem. d. WO. Art. 1, Zus. 18 f. (4. Aufl.).

die Bürgschaft für eine Handelsschuld übernommen wird, an die besonderen partikularrechtlichen Formen nicht gebunden sei. Allein mit Unrecht; vorerst ist zwar das Rechtsverhältniß aus der Bürgschaft für eine Handelsschuld eine Handelssache und gehört deshalb vor die Handelsgerichte[6]) — die Uebernahme als solche aber ist nicht schon deshalb ein Handelsgeschäft, weil für eine Handelsschuld gebürgt wird. Dann aber geht schon aus dem Umstande, daß der Abs. 2 des Art. 6 als nöthig erachtet und in das Gesetzbuch aufgenommen wurde, hervor, daß die Anfechtbarkeit des Rechtsaktes der Interzession nicht unter Art. 317 zu subsumiren ist. Es wird also insbesondere die Ehefrau, welche ihrem Manne lediglich Beihülfe im Geschäfte leistet, wenn sie die von demselben im Handelsgewerbe gezeichneten Schuldscheine mitunterschreibt, immerhin noch der ihr nach den einzelnen Partikularrechten zustehenden Einreden sich bedienen können.

Es macht hiebei keinen Unterschied.

Das Preußische Landrecht (Th. II Tit. 8 §. 492, 495) und mit ihm übereinstimmend eine Anzahl bedeutender Rechtslehrer[7]) stellten den Satz auf, daß eine Handelsfrau, welche ihr Geschäft durch einen Faktor führen lasse, für ihre Person weder die Rechte noch Verbindlichkeiten eines Kaufmannes habe, so wie, daß eine Frau, welche in eine Sozietätshandlung tritt, nur dann als Handelsfrau gelten solle, wenn verabredet und bekannt gemacht ist, daß sie der Handlung mit vorstehen werde. Diese Bestimmungen hat das Handelsgesetzbuch als „der inneren Begründung entbehrend"[8]) geändert. Daß die Eigenschaft der Handelsfrau nicht davon abhängt, ob sie selbstthätig im Gewerbe mitwirkt, dafür sprechen die hinsichtlich des Kaufmannes in dieser Richtung gegebenen Erörterungen[9]).

Aber auch wenn sie mit einem Manne oder einer Frau oder mit ihrem Ehemanne in offene Handelsgesellschaft tritt, wird sie Handelsfrau, weil, wie oben gezeigt, jeder offene Gesellschafter Kaufmann ist; dagegen ist, wie in Note 1 bemerkt, die Kommanditistin, die stille Gesellschafterin, die Aktionärin als solche keine Handelsfrau.

---

[6]) Die nähere Ausführung in der Sammlung handelsgerichtl. Entscheidgn. in Bayern Bd. I S. 488.

[7]) So noch Thöl in der ersten Auflage seines Handelsrechtes vgl. §. 50 Note 12.

[8]) Motive zum Pr. E. S. 9.

[9]) Es handelt sich eben bei ihr ebenso um die Definitionen von „gewerbemäßig" und „betreiben", wie beim Kaufmanne.

Art. 7.

Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein.

Es gilt als Einwilligung des Mannes, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt.

Die Ehefrau eines Kaufmanns, welche ihrem Ehemanne nur Beihülfe in dem Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau.

Pr. E. Art. 5 u. 7. I. E. Art. 5. II. E. Art. 6. Prot. S. 17 ff., 889 ff., 4508.

Ehefrau.

1) Die verheirathete Frau steht unter der Gewalt ihres Mannes, sie kann über ihr Vermögen regelmäßig nicht frei verfügen und ohne eheherrliche Zustimmung solche Handlungen nicht mit Rechtswirksamkeit vornehmen, durch welche ihr Vermögen oder ihre Person haftbar wird. Die Betreibung eines Handelsgewerbes ist nun offenbar eine Thätigkeit von hohem Wagnisse; die Frau, welche als Handelsfrau auftritt, setzt nicht nur ihr freies Vermögen ein und haftet mit ihrer persönlichen Freiheit für die Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten [1]), sondern sie kann unter Umständen auch dasjenige, was sie in die Ehe gebracht hat und woran dem Manne Rechte zustehen, und selbst das eigene Vermögen des Mannes in Mitleidenschaft ziehen. Es ist deshalb durchaus nothwendig, daß eine Ehefrau dieser erheblichen Haftung sich nicht unterziehen darf, ohne die Einwilligung des Ehemannes hiezu erlangt zu haben. Nachdem übrigens der Art. 7 Abs. 1 ganz allgemein diese Zustimmung vorschreibt, und jedenfalls die Rückwirkung auf die persönliche Freiheit genügenden Anlaß bietet, dem Ehemanne die Entscheidung über die hierauf bezüglichen Schritte der Frau zu überlassen, so muß die eheherrliche Zustimmung auch dann für erforderlich erachtet werden, wenn nach dem unter den Eheleuten geltenden Güterrechte der Mann an dem Vermögen der Frau gar keine Rechte haben und für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise haften sollte [2]).

2) Das Gesetz sagt „Ehefrau", ohne eine Einschränkung zu machen.

---

[1]) Insbesondere der Wechselverpflichtungen (Art. 2 der a. d. WO.); die persönliche Haftung für Handelsschulden folgt für Bayern aus Art. 3 des Gesetzes vom 5. Oktober 1863, einige Bestimmungen der a. WO. betr.

[2]) In erster und zweiter Lesung waren, da nach österreichischen Gesetzen ein ehe-

Hienach ist vor Allem diejenige Frau, deren Ehe dem Gesetze gemäß aufgelöst ist[3]), nicht unter den Artikel zu subsumiren, denn sie ist rechtlich keine Ehefrau mehr. Aber auch die von Tisch und Bett geschiedene Frau wird, wenn gleich in diesem Falle die Ehe nicht gelöst wird, von der obigen Vorschrift des Handelsgesetzbuches nicht betroffen werden; denn die Trennung von Tisch und Bett soll gerade ihre Wirkungen im Civilrechte hervorbringen, rechtlich ist eine derartige Frau auch keine Ehefrau mehr; das mundium des Mannes hat aufgehört, er hat über die Person der Frau keine Macht [4]).

Dagegen bleibt die böslich verlassene Frau, die Frau, deren Mann geisteskrank, landesabwesend, im Strafvollzuge oder sonst an der Ertheilung des Konsenses gehindert ist, immerhin Ehefrau und es muß ihr überlassen bleiben, wenn sie ein Handelsgeschäft etabliren will, die Auflösung der Ehe zu erwirken, vorbehaltlich der besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen über das Eherecht [5]).

3) Bei Berathung des Artikels in der ersten Lesung (Prot. S. 17) wurde auch die Frage berührt, ob dann, wenn der Ehemann den Konsens aus unstichhaltigen Gründen verweigere (oder nicht darum angegangen werden könne) eine Supplirung durch den Richter statthaft sei? und wurde diese Frage von mehreren Seiten bejaht; eine ausdrückliche Bestimmung wurde aber nicht aufgestellt, vielmehr solches den Landesgesetzen überlassen.

Die Landesgesetze enthalten nun aber keine speziellen Bestimmungen über diese Frage. Zwar ist in einzelnen Partikularrechten die ausdrückliche Bestimmung enthalten, daß die Ehefrau, wenn der Ehemann seine Genehmigung zu einem bestimmten einzelnen Rechtsgeschäfte der Frau verweigert, sich mit einer Klage gegen den Ehemann an die Gerichte wenden kann, so

---

herrlicher Konsens bisher nicht erforderlich war, die „ein Anderes bestimmenden Landesgesetze" vorbehalten; in dritter Lesung wurde dieser Vorbehalt (ohne Angabe von Gründen) gestrichen (Prot. S. 4508).

[3]) Bei der Auflösung der Ehe durch den Tod ist dieß ohnehin selbstverständlich; die Wittwe kann auch, wenn die Kinder an Stelle des Vaters die Gütergemeinschaft fortsetzen, ohne eine Erlaubniß (etwa von der Vormundschaftsbehörde) Handelsfrau werden.

[4]) Der Antrag, dieses im Gesetze ausdrücklich zu sagen, wurde zwar abgelehnt, jedoch für „innerlich begründet" erklärt. Prot. S. 17.

[5]) Die Meinung v. Hahn's S. 19, daß der Konsens unter Umständen in solchem Falle überhaupt nicht erforderlich sei, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen, es entscheiden hier die partikularrechtlichen Bestimmungen über das Eherecht.

namentlich im französischen Rechte (Code civil Art. 219), und es ist dieser Weg durch die Praxis häufig auch da eingeführt, wo keine ausdrückliche Bestimmung darüber besteht. Ganz verschieden hiervon ist aber die hier vorliegende Frage, bei welcher es sich nicht mehr um die Genehmigung einzelner bestimmter Geschäfte der Frau handelt, sondern um den Konsens des Ehemannes zur Errichtung eines selbständigen Handelsgewerbes, durch welches nicht blos das Vermögen der Ehefrau, sondern ihre ganze Persönlichkeit in Anspruch genommen wird. Die Frage ist also nicht blos eine vermögensrechtliche und eben so wenig eine bloße Frage der Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit, sondern es ist eine Standesfrage, eine Frage dieser eheherrlichen Gewalt in rein persönlicher Hinsicht. Da nun, wie aus der Vergleichung der ersten Lesung des Art. 7 mit der zweiten und dritten hervorgeht, die eheherrliche Genehmigung eben deshalb im Gesetzbuche ganz allgemein vorgeschrieben worden ist, weil sie unabhängig von den verschiedenen vermögensrechtlichen Verhältnissen der Eheleute bestehen und als ein Ausfluß der eheherrlichen Autorität in persönlicher Hinsicht erscheinen soll, so wird die Frage, ob, wenn der Ehemann kraft seiner eheherrlichen Gewalt die Genehmigung zum Handelsgewerbe der Frau verweigert, diese Genehmigung durch die Gerichte ertheilt werden könne, verneint werden müssen. So auch Koch, Kommentar zu Art. 7, Anm. 14. Aber auch vom vermögensrechtlichen Gesichtspunkte aus wird man zu demselben Resultate gelangen, da dem Ehemanne gegen seinen Willen keinerlei Beeinträchtigung oder Beschränkung seiner Rechte durch eine gerichtliche Genehmigung des Handelsgewerbes der Frau auferlegt werden kann (HGB. Art. 8). Im französischen Rechte wird die Frage von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller ebenfalls verneint, so von Pardessus, Cours de dr. comm. I, n. 63; Massé, Dr. comm. III. n. 169, Anschütz zu Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts III §. 472 Anm. 29, Marcadé zu Art. 220 des Code civil; Demolombe, Cours de Code civil IV, n. 248. Uebrigens schreibt auch das preußische Landrecht II, 1, §. 195, 196 vor: „Wider den Willen des Mannes darf die Frau für sich selbst kein besonderes Gewerbe treiben. Ohne des Mannes Einwilligung kann die Frau keine Verbindung eingehen, wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden.“ Jedenfalls aber würde, — selbst wenn man eine gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau bei Weigerung des Mannes zulassen wollte, — nicht das Handelsgericht, sondern das ordentliche Gericht des Wohnsitzes des Mannes zur Ertheilung der Genehmigung kompetent sein, denn es ist diese Genehmigung keine Handelssache, sondern eine Frage des Familien- und Eherechtes. Letzteres gilt auch für die prak-

tisch wichtigeren Fälle, in welchen der Mann sich unter einer der verschiedenen Arten der Bevormundung befindet und mithin seine Genehmigung in legaler Weise ersetzt werden muß, aber auch in legaler Weise ersetzt werden kann.

Auch diejenigen Einführungsgesetze, welche die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau überhaupt erwähnen, lassen dieselbe mit alleiniger Ausnahme des österreichischen nur dann zu, wenn der Ehemann abwesend ist oder unter Vormundschaft (Kuratel) steht, nicht aber auch dann, wenn der Mann die Ermächtigung verweigert. So Baden Art. 6—8 (hier tritt die gerichtliche Ermächtigung allerdings auch bei Weigerung des Mannes ein, aber nur, wenn die Ehefrau von Tisch und Bett getrennt ist), Hannover Art. 3, Mecklenburg-Schwerin Art. 8, Mecklenburg-Strelitz Art. 8, Oldenburg Art. 3, Würtemberg Art. 8—10, Bremen Art. 3. Das Hamburger Einführungsgesetz Art. 5 erklärt die Einwilligung des Ehemannes für nicht erforderlich, wenn eine Trennung der Ehe von Tisch und Bett oder eine gerichtlich verkündete Auseinandersetzung des Vermögens unter den Ehegatten stattgefunden hat. Dagegen bestimmt das Oesterreichische Einführungsgesetz Art. 6 ganz allgemein, daß auf Ansuchen der Ehefrau die mangelnde Einwilligung des Mannes durch richterlichen Ausspruch ersetzt werden kann, wenn aus der amtlichen Verhandlung sich ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Mannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind. Diese Ausnahmebestimmung erklärt sich aber wohl daraus, daß die eheherrliche Ermächtigung der Frau zum Handelsbetriebe in Oesterreich vor dem HGB. überhaupt nicht erforderlich war.

Die meisten dieser Einführungsgesetze schreiben übrigens die Eintragung der ehemännlichen Genehmigung als auch des Widerrufes in das Handelsregister vor [6]).

Kann nicht Handelsfrau sein.

Dieser Ausdruck umfaßt das Werden und das Bleiben, enthält also die Bestimmung, daß eine Handelsfrau, wenn sie heirathet, zum Fortbetreiben ihres Geschäftes der eheherrlichen Einwilligung bedarf, daß eine Ehefrau, wenn sie ein Handelsgeschäft beginnen will, dazu die Zustimmung ihres Mannes einzuholen hat, endlich, daß eine Ehefrau aufhören muß, das Handelsgewerbe zu betreiben, sobald der Mann den Konsens zurückzieht.

Erfolgt die Zurückziehung zu einer Zeit, wo die Auflösung des Geschäftes für die Frau von besonderem Nachtheile und mit Verlust begleitet sein würde (intempestive Kündigung), so kann sich die Frau an die

[6]) S. Note S. 8.

ordentlichen Gerichte wenden, welche nach Anhörung des Mannes eine angemessene Zeit für die Abwickelung des Geschäftes verordnen können[7]).

Hiebei erhebt sich die Frage, in wie weit eine solche Zurückziehung gegen Dritte wirksam sei. In der ersten Lesung (Prot. S. 18) wurde ausgesprochen, daß eine Zurückziehung des Konsenses nur nach deren gehöriger Veröffentlichung wirksam sein könne, auch sollte dieß im Gesetze ausgedrückt werden. Es geschah dieß aber nicht, und es wurden dafür folgende Gründe[8]) angeführt:

Von selbst verstehe sich, daß der Wille des Mannes, den der Ehefrau ertheilten Konsens zurückzuziehen, nicht schon dann gegen Dritte Wirkung haben könne, wenn er lediglich zwischen Mann und Frau ausgesprochen sei, daß es vielmehr dazu einer zur Kundmachung an das gesammte Publikum geeigneten Form bedürfe. Hiezu habe aber der Ehemann ausreichende Mittel, indem er z. B. den Laden der Frau schließen, die Zurückziehung seines Konsenses durch die Blätter verbreiten, die Streichung des Firma aus dem Handelsregister veranlassen könne, es sei deshalb für eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung kein Bedürfniß vorhanden; insbesondere würde die Eintragung des Widerrufes im Handelsregister gegenüber dem thatsächlichen Fortbetriebe des Geschäftes durch die Ehefrau ohne Bedeutung sein müssen[9]).

Als Prinzip wird man aufstellen können, daß auch hier analog die Grundsätze des Art. 25 Abs. 2 und 3 zur Anwendung zu kommen haben.

---

[7]) Nur dieses lehren Pardessus I, n. 64 und Massé, Droit comm. III, p. 171 auf welche sich Mittermaier, deutsches Privatrecht II §. 536 Anm. 24, und Brinkmann, Handelsrecht S. 47 Anm. 9 für den viel zu allgemeinen Satz berufen: Gegen grundlose Zurücknahme kann die Frau sich an die Gerichte wenden. Eine Ungültigkeitserklärung der Zurücknahme des ehemännlichen Konsenses und Autorisation der Frau zur Fortsetzung des Geschäftes für immer kann vom Gerichte aus den im Texte angeführten Gründen nicht ausgesprochen werden.

[8]) Protok. S. 888 ff.

[9]) Daß der Widerruf der Ermächtigung im Handelsregister eingetragen werden könne, wurde von der Mehrheit der Kommission verneint. Prot. S. 889. Bei Gesellschaften kann dieß zwar mitunter das einzige Mittel sein, um dem Manne Schutz zu gewähren, denn wenn der Frau die Geschäftsführung in der Gesellschaft nicht zusteht, so ist eine thatsächliche Hinderung durch den Eheman unnicht möglich; allein die Firma im Register streichen zu lassen, kann nicht ohne Weiteres dem Dritten (als solcher erscheint der Ehemann den anderen Gesellschaftern gegenüber) zustehen; wenn auch die Zurückziehung des Konsenses allenfalls unter Art. 123 Ziff. 3 subsumirt werden kann. Einzelne Einführungsgesetze haben aber die Eintragung der Genehmigung sowohl als des Widerrufes in das Register ausdrücklich vorgeschrieben und zugelassen (s. S. 57).

Einwilligung des Mannes.

Für die Ertheilung des Konsenses von Seiten des Ehemannes ist im Gesetze eine besondere Form nicht vorgeschrieben und es muß auch der Konsens nicht etwa im Handelsregister eingetragen werden, außer wenn dieses in einem Einf.-Gesetze vorgeschrieben ist (S. 57). Dagegen kann der Eintrag der von einer Ehefrau angemeldeten Firma nicht erfolgen, ohne daß sich der das Handelsregister führende Richter zuvor von der Existenz der eheherrlichen Zustimmung überzeugt hat[10]). Da aber diese auch stillschweigend ertheilt werden kann, so bedarf es nicht etwa einer Vorladung des Ehemannes, sondern es genügt die Notifikation an denselben, und muß es ihm überlassen bleiben, etwa Einsprache zu erheben[11]).

Mit Wissen und ohne Einspruch.

Die stillschweigende Einwilligung des Ehemannes in den Geschäftsbetrieb der Ehefrau liegt dann vor, wenn der Mann weiß, daß seine Frau ein Handelsgewerbe betreibt und ihr dieß nicht verbietet[12]).

Was das Wissen anlangt, so wird diesem allerdings (wie Hahn bemerkt) das Wissenmüssen gleichzustellen sein; ist der Ehemann anwesend und der Handesbetrieb der Ehefrau ist ein offenkundiger (z. B. sie hält einen offenen Laden oder bezieht Messen und Märkte), so muß der Ehemann regelmäßig als den Geschäftsbetrieb der Frau kennend angesehen werden; im entgegengesetzten Falle kann die Kenntniß des Mannes nicht ohne Weiteres angenommen werden.

Was den Einspruch betrifft, so muß derselbe in einer dem Publikum erkennbaren Weise erklärt sein. Am sichersten und zweckmäßigsten geschieht derselbe durch faktische Verhinderung der Ehefrau am Geschäftsbetriebe; aber es muß auch genügen, wenn z. B. der Ehemann die Firma im Handelsregister streichen läßt, oder in denjenigen öffentlichen Blättern, welche zur Veröffentlichung der Handelsnachrichten bestimmt sind (Art. 14), eine Bekanntmachung erläßt. Die Frage, ob die Ehefrau, welcher die Einwilligung des Mannes zum Geschäftsbetriebe mangelt, von Amtswegen an der thatsäch-

---

[10]) Vgl. Prot. S. 889.

[11]) Zeugenvernehmungen u. dgl. darüber, daß die anmeldende Ehefrau seither ohne Einsprache ihres Mannes das Geschäft betrieben habe, wird der Handelsrichter der Natur der Sache nach nicht vorzunehmen haben.

[12]) Als Hauptfall ist hervorzuheben, wenn ein Mann eine Handelsfrau heirathet, ohne daß dieselbe das Geschäft aufgibt (Preuß. LR. Th. II Tit. 8. §. 494); ein interessantes Beispiel findet sich im Archiv für Handelsrecht Bd. I Nr. 11.

lichen Ausübung des Gewerbes zu hindern sei, wird, da sie zu dem polizeilichen Ressort gehört, nach den desfallsigen Bestimmungen zu entscheiden sein. Daß der Mann die Einschreitung nach Art. 26 Abs. 2 hervorrufen kann, ist nicht zu bezweifeln.

Beihilfe in dem Handelsgewerbe leistet.

Das Gesetz erklärt nur diejenige Frau als Handelsfrau, welche das Handelsgewerbe selbständig ausübt. Eine Frauensperson kann bei dem Betriebe eines Handelsgewerbes Dienste leisten, sie kann das Geschäft vollständig leiten, z. B. indem sie Prokura besitzt, oder sie kann zum Unterpersonale gehören (Ladenmädchen [13]); in beiden Fällen wird sie durch ihre Thätigkeit noch nicht zur Handelsfrau. Im Allgemeinen ist dieß eben so selbstverständlich, als daß eine Frau dadurch, daß sie einen Kaufmann heirathet, noch nicht zur Handelsfrau wird; sie wird durch die Eingehung der Ehe nur Frau eines Kaufmannes [14]). Wenn aber die Ehefrau sich in dem Handelsgewerbe ihres Mannes in einer der oben erwähnten Stellungen befindet, so könnte Zweifel entstehen und deshalb hat das Gesetzbuch die Frage ausdrücklich entschieden.

Es bestimmt nämlich das Gesetz, die Ehefrau des Handelsmannes werde dadurch, daß sie ihrem Ehemanne Beihilfe in seinem Geschäftsbetriebe gewährt, noch nicht zur Handelsfrau [15]), es finden demnach die Bestimmungen des Art. 6 u. 7 auf sie keine Anwendung.

Dieß gilt übrigens nur hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse der Ehefrau; die Frage, ob eine Ehefrau als Handelsfrau anzusehen sei und die Frage, inwieferne ihr eine Haftung für die Schulden des Geschäftes obliege und ihr eine Berechtigung, an dem etwaigen Gewinne theilzunehmen, zustehe, sind wesentlich verschieden und keineswegs zu vermischen. Diese letztere Frage ist nicht allein nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, und hier kann allerdings die etwaige Beihilfe der Ehefrau im Geschäfte vom wesentlichsten Einflusse sein. Das Ver-

---

[13]) Nachdem die Wirthe als Kaufleute anzusehen sind, gehören hieher auch die Schenkmädchen, Kellnerinnen, weil diese zum Handlungs-Hülfspersonale gezählt werden müssen.

[14]) Die frühesten Handels-Rechtslehrer unterscheiden bereits die uxor mercatoris von der femina mercatrix.

[15]) Dieser Satz des Art. 7 war auch bereits im Preußischen Landrechte Th. II Tit. 8 §. 496 ausgesprochen.

hältniß der Ehefrau eines Kaufmannes zu den von ihrem Manne betriebenen Geschäften läßt sich nämlich im Allgemeinen in dreifacher Weise denken[16]).

1) Die Ehefrau kann von dem Geschäfte in vermögensrechtlicher Beziehung völlig getrennt bleiben; sie kann sich vertragsmäßig von Gewinn und Verlust des durch den Ehemann betriebenen Gewerbes ausschließen und ihm dasselbe allein überlassen[17]). In diesem Falle kommt es auf die persönliche Thätigkeit der Ehefrau nicht weiter an; mag sie sich in das Geschäft einmischen oder nicht, im Laden u. s. w. Dienste leisten oder lediglich in der Wohnung sich aufhalten, sie wird weder zur Handelsfrau, noch haftet sie für die Schulden des Geschäftes.

2) Es können aber anderseits die beiden Eheleute das Handelsgewerbe in offener Gesellschaft ausüben, so daß sie gemeinsame Inhaber der Firma sind[18]), im Handelsregister beide eingetragen werden und Gewinn und Verlust auf gemeinschaftliche Rechnung geht. In diesem Falle erscheint die Ehefrau nothwendigerweise als Handelsfrau, sie hat die in Art. 6 den Handelsfrauen beigelegten Rechte und Pflichten, sie haftet nach Handelsrecht für alle Geschäftsschulden und kann insbesondere auch dem Wechsel- und sonstigen Personalarreste unterworfen werden.

3) Dieses Verhältniß tritt aber, wie bereits angedeutet, nur dann ein, wenn ein auf den gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichteter Gesellschaftsvertrag nach Art. 85 des a. d. HGB. vorliegt und das Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma von beiden Ehegatten betrieben wird[19]). Ist dieses nicht der Fall, sondern besteht zwar, sei es durch Vertrag oder kraft des Gesetzes, eine allgemeine oder theilweise Gemeinschaftlichkeit des Vermögens unter den Eheleuten vermöge des ehelichen Güterrechtes, ohne daß

---

[16]) Vgl. Sammlung handelsger. Entscheid. in Bayern Bd. I S. 551.

[17]) Vorbehaltlich etwaiger partikularrechtlichen Vorschriften, nach welchen eine solche Nichtbetheiligung an besondere Formen geknüpft ist.

[18]) Der Text fordert nur „gemeinsames Inhaben der Firma"; ob beide Namen in der Firma vorkommen, ist irrelevant, da durch die Art. 22 u. 24 des a. d. HGB. die Möglichkeit besteht, daß das Geschäft unter dem Namen des vor der Verheirathung Alleineigenthümer gewesenen Ehegatten, sei es des Mannes oder der Frau, fortbetrieben wird.

[19]) Man hat ehedem Präsumtionen für oder gegen die Eigenschaft der Ehefrau als Gesellschafterin aufgestellt (vgl. Hahn S. 21); die Frage verliert an Zweifelhaftigkeit, wenn man die Schuldhaftung von der Eigenschaft der Frau als Handelsfrau gehörig trennt.

jedoch dieselben in eine handelsrechtliche Geschäftsgemeinschaft getreten sind, so wirkt dieß weder auf die persönliche Qualifikation der Ehefrau zurück, noch begründet sich dadurch eine handelsrechtliche Haftung der Frau. Denn das unter den Eheleuten bestehende Güterrecht und die daraus für die Ehegatten sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen bewegen sich außerhalb des Kreises des Handelsrechtes und die Verhandlungen der Konferenz (besonders zu Th. I Titel 3 des Pr. E.)[20]) ergeben genügend, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes lag, die Güterverhältnisse der zum Handelsstande gehörigen Eheleute in sein Bereich zu ziehen.

Die Frage, in wie weit die Ehefrau in diesem Falle aus dem Gewerbebetriebe verpflichtet oder berechtigt werde, entscheidet sich demgemäß lediglich nach den Bestimmungen des Civilrechtes, das heißt der maßgebenden Partikularrechte. Hier ist nun ein Fall besonders hervorzuheben, welcher partikularrechtlich durch „Sitzen zu offenem Kram und Laden" oder zu „Bank und Schragen", auch als „Gewerbbetrieb zu offener Tasche" u. s. w. bezeichnet wird. Es kommt vor, daß die Ehefrau eines Kaufmannes weder gemeinsame Inhaberin der Firma ist, noch auch zwischen den Eheleuten eine vertragsmäßige Gütergemeinschaft besteht, anderseits aber auch nicht durch die Ehepakten das eheträuliche Vermögen von dem Geschäfte bestimmt getrennt wurde[21]), überhaupt sich die Frau von aller vermögensrechtlichen Betheiligung an dem Gewerbsbetriebe ausgeschlossen hat. In diesem Falle ist das persönliche Verhalten der Ehefrau entscheidend.

Enthält sich dieselbe jeder Theilnahme am Geschäftsbetriebe, zeigt sie sich weder im Comptoire, noch im Laden, noch in den sonstigen Geschäftslokalitäten als mitthätig, so können auch keinerlei Ansprüche an sie erhoben werden[22]).

---

[20]) Prot. S. 18, 19, 26—31, 63—70, 904—910.

[21]) Nach manchen Rechten, z. B. dem Nürnberger und Schweinfurter Stadtrechte, ist dies bei den betreffenden Gewerben gar nicht einmal zuläßig.

[22]) Allerdings sind in den einzelnen Rechten regelmäßig gewisse Gewerbe, bei denen diese Rechtsfolge der Schuldhaftung eintreten soll, aufgeführt, z. B. Nürnberger Ref. „Gewandschneider, Wechsler, Krämer, Wirthe"; Bayerisches LR. „Metzger, Bäcker, Bräuer, Zuckerbäcker, Methschenken und Garköche"; Augsburger Stadt-R. auch noch Kaffeeschenker und Branntweiner, allein man darf deshalb nicht annehmen, lediglich bei diesen bestimmten Gewerben trete die Schuldhaftung der Ehefrau ein, bei den übrigen nicht, sondern es sind nur einzelne Gewerbe (wie die Beisätze „und dergleichen" zeigen) beispielsweise genannt, das „Mithandthieren" der Ehefrau aber ist das Entscheidende.

Wenn sie aber in solchem Falle sich öffentlich am Gewerbebetriebe betheiligt („mit ihres Mannes Gewerbe erweislicher Maßen sich beladet"), wenn sie im Laden oder auf dem Markte mit Kaufen und Verkaufen, Geldeinnehmen und Ausgeben „handthiert", so hat sie hiedurch ihr Vermögen mitbetheiligt und sie muß für die Schulden des Geschäftes aufkommen. Allerdings nicht vermöge Handelsrechtes; die oben bezeichnete Theilnahme am Geschäfte kann immer nur als eine dem Ehemanne geleistete Beihülfe angesehen werden[23]), wodurch die Ehefrau, wie oben erörtert, nicht zur Handelsfrau wird; es kann daher insbesondere eine zu offenem Kram und Laden sitzende Frau deshalb allein dem Personalarreste nicht unterworfen werden[24]). Allein nach den Bestimmungen des ehelichen Güterrechtes tritt durch diese Theilnahme beider Eheleute an einem offenen Geschäftsbetriebe faktisch zwischen den Eheleuten Gütergemeinschaft ein und es haftet daher die Ehefrau für die Schulden des Geschäftes vermöge des Eherechtes[25]).

Ueber den Umfang dieser Haftung, ebenso über die Voraussetzungen, unter welchen die Beschäftigung der Ehefrau als eine Theilnahme am Geschäftsbetriebe erscheint, endlich über die Frage, ob die faktische Theilnahme

---

[23]) Anderer Meinung ist Arnold, Beiträge zum deutschen Privatrechte Bd. I S. 61 Note 3.

[24]) Dieß spricht auch ein Erk. des Nürnberger Handelsappellgerichtes aus. Vgl. Sammlung Bd. I S. 551 Note 2.

[25]) In Bayern ist dieß in folgenden Gesetzen ausgesprochen:

1) Bayerisches LR. Th. I Kap. VI §. 32 N. 6.
2) Mainzer LR. Th. IV §. 4 (hier haftet zuerst die Errungenschaft; reicht diese nicht, so zahlen die Eheleute noch Schwert- und Rockenantheil, d. h. der Mann $^2/_3$, die Ehefrau $^1/_3$, eventuell die Ehefrau vollständig).
3) Ansbacher Konkursordnung v. 1731 Art. XXIV N. 1.
4) Augsburger Stadtrecht (Fallitenordnung v. 1749 §. 6 und Rathsdekret v. 15. August 1751).
5) Kemptener Prozeßordnung v. 1770 Tit. XXXIII §. 8.
6) Lindauer Konkursordnung v. 1738 Tit. IV Art. 9.
7) Memminger Prozeßordnung v. 1751 Tit. XXVIII.
8) Nürnberger Reformation Titel XXVIII Ges. 6.
9) Regensburger Rathsdekret v. 4. Februar 1664.
10) Rothenburger Stadtrecht (Fallitenordnung v. 1576 und Rathsdekret v. 24. April 1720).
11) Schweinfurter Recht Tit. LXIV §. 5 und 6.
12) Ulmer Statuten Th. I Tit. 27.

Auch nach Eichstädter Recht (Konkursordnung von 1794 §. XXVII N. 2) wird dasselbe anzunehmen sein. Eine analoge Bestimmung gilt auch in Frankfurt a. M., Frankf. Reformation III, C. 1 §. 12, 14.

die Schuldhaftung nicht auch dann nach sich ziehe, wenn dieselbe vermöge Ehevertrages ausgeschlossen war, lassen sich allgemeine Sätze nicht aufstellen, vielmehr muß auch in dieser Hinsicht lediglich auf die Partikularrechte [26]) verwiesen werden, welche namentlich auch darüber, ob nicht bei gewissen Gewerben ohne Rücksicht auf das Verhalten der Ehefrau diese zur Tragung der Gewerbeschulden verpflichtet sei [27]), maßgebend sind.

Art. 8.

Eine Ehefrau, welche Handelsfrau ist, kann sich durch Handelsgeschäfte gültig verpflichten, ohne daß es zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung ihres Ehemannes bedarf.

Sie haftet für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen, an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes. Es haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen, soweit Gütergemeinschaft besteht; ob zugleich der Ehemann mit seinem persönlichen Vermögen haftet, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Pr. E. Art. 6. I. E. Art. 6. II. E. Art. 7. Prot. S. 17 ff., 890 ff.

1) Das Gesetz nimmt an, durch die Einwilligung des Ehemannes zum Betriebe eines selbständigen Handelsgewerbes von Seiten seiner Ehefrau habe derselbe von vorneherein seine Zustimmung zu allen einzelnen in Ausübung des Gewerbes vorkommenden Handlungen ertheilt. Dieß erfordert die Sicherheit des Verkehres und so weit muß also die Fiktion sich erstrecken. Wenn daher einerseits solche Geschäfte, welche überhaupt keine Handelsge-

---

[26]) Vgl. in dieser Beziehung auch noch Heise und Cropp, juristische Abhandl. Bd. I Abh. 2 S. 3 ff.; dann für Bayern die Erkenntnisse in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 320; XVII S. 124; XIX S. 201; XXII S. 378; XXIV S. 339.

[27]) In Augsburg z. B. (Pflegeordnung v. 1799 §. 44) gehören die vier Gewerbe zur offenen Tasche zu denjenigen, in welchen die Ehefrau unter allen Umständen haftet.

schäfte sind, nicht unter die obige Gesetzesbestimmung fallen[1]), so ist doch anderseits die fingirte Einwilligung nicht auf den Kreis der in das konkrete Gewerbe fallenden Handelsgeschäfte beschränkt[2]).

Es muß sogar das Gesetz in einer Richtung extensiv interpretirt werden. Die Weiterveräußerungen im Handwerksbetriebe sind nach Art. 273 Abs. 3 keine Handelsgeschäfte, doch fallen auch sie unzweifelhaft unter jene Geschäfte, zu welchen eine Ehefrau, die Handelsfrau ist, einer speziellen eheherrlichen Ermächtigung nicht bedarf[3]).

Das Gesetz spricht ganz allgemein; es kann demnach der Ehemann die Rechtsfolge seiner einmal ertheilten Einwilligung zum Handelsbetriebe weder allgemein, noch für einzelne Fälle ausschließen; er kann nicht etwa gegen ein einzelnes von der Ehefrau im Geschäftsbetriebe vorzunehmendes Geschäft Einsprache erheben und es dadurch ungültig machen, noch kann er sich bei der Ertheilung seiner Einwilligung zur Gewerbseröffnung vorbehalten, bei den einzelnen Geschäften oder bei gewissen Klassen derselben[4]) besonders befragt werden zu müssen[5]).

Auch das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist vom Gesetze ausgeschlossen. In manchen Rechten[6]) nämlich sind zwar Verfügungen der Ehe-

---

[1]) Z. B. eine Ehefrau, welche mit Zustimmung ihres Mannes das Putzmachergewerbe treibt, kauft ein Grundstück.

[2]) Z. B. die in voriger Note erwähnte Ehefrau bedarf einer speziellen Einwilligung nicht, wenn sie etwa übernimmt, einer Leinenhandlung eine Quantität Leinen, das sie auf dem Lande zusammenkauft, zu liefern.

[3]) Man könnte sagen, derartige Weiterveräußerungen bewirkten für den Veräußernden ohnehin nur eine Berechtigung, keine Verpflichtung, allein dieß ist nicht immer der Fall.

[4]) Hinsichtlich des Wechselrechtes macht der Art. 2 des Gesetzbuches keine Ausnahme, denn dieser behält nur die Bestimmungen der a. d. Wechselordnung vor. Die Vorschrift aber, daß eine Ehefrau Wechsel gültig nur mit Zustimmung (Mitunterschrift) des Ehemannes abgeben könne, beruht nicht auf der Wechselordnung, sondern auf dem Civilrechte, und diesem ist durch Art. 8 derogirt. Der Ehemann kann also wohl seiner Ehefrau, nicht aber Dritten gegenüber die Wechselausstellung im Handelsgewerbe verbieten.

[5]) Dagegen kann der Ehemann von vorneherein seine Einwilligung beschränken, z. B. die Frau treibt ein Engros- und ein Detail-Geschäft oder besitzt ein Putzgeschäft in A. und eine Papierhandlung in B.; hier kann der Ehemann zu dem einen Betriebe seine Zustimmung ertheilen, zum anderen dieselbe versagen. Vgl. Dahn in Bluntschli's Privatrecht S. 375.

[6]) Z. B. Bayerisches Landrecht Th. I Kap. VI §. 27 N. 2.

frau über das Dotal- und Paraphernalvermögen nicht an sich und von Rechtswegen ungültig und nichtig, sondern es steht nur dem Ehemanne, welcher nicht eingewilligt hat, ein (meist zeitlich beschränktes) Revokationsrecht zu. Dem Wortlaute nach fällt also dieses Recht nicht unter den Abs. 1 des Art. 8; allein materiell muß auch jedes derartige Anfechtungsrecht ausgeschlossen bleiben, wie sich schon aus dem Abs. 2 ergibt, nach welchem alle Rechte des Ehemannes zurücktreten müssen[1]).

2) Eine nothwendige Folge der gesetzlichen Annahme, daß die Einwilligung des Ehemannes zur Etablirung seiner Ehefrau als Handelsfrau für eine Einwilligung zu allen einzelnen von derselben im Handelsbetriebe vorgenommenen Geschäften zu achten sei, ist die Bestimmung, daß der Mann hinsichtlich des Vermögens seiner Frau den aus jenen Geschäften berechtigten Dritten mit seinen auf dem Eherecht beruhenden Ansprüchen nachstehen muß. Dadurch, daß die Ehefrau durch die Zustimmung ihres Ehemannes als Handelsfrau selbständig und, gleich als stehe sie nicht mehr unter der eheherrlichen Gewalt, zu handeln, Verträge zu schließen, Verbindlichkeiten einzugehen befugt wird, ändert sich zwar an sich Nichts hinsichtlich des ehelichen Güterrechts, der Mann behält der Frau gegenüber seine Ansprüche auf deren Vermögen, so weit sie ihm auf Grund der Eheverträge oder des gesetzlichen Güterrechts zustehen; allein die Erfüllung der unabhängig von ihm eingegangenen rechtsgültigen Verpflichtungen der Frau aus dem Vermögen derselben muß er gestatten.

Durch den Handelsbetrieb der Ehefrau verliert demnach der Ehemann keineswegs die Verwaltung des Dotalvermögens und des Eingebrachten,

---

[1]) Das Preuß. Einf.-Ges. Art. 39 schreibt für das Gebiet des französischen Rechtes vor: „Wenn jedoch für die Ehe Dotalrecht gilt, so kann die Verpfändung oder Veräußerung der Immobilien, welche Dotalgut sind, nur in den durch das Civilgesetzbuch bezeichneten Fällen und unter Beobachtung der dort vorgeschriebenen Formen erfolgen.“ Diese Bestimmung gibt den Inhalt des Art. 7 des Code de commerce wieder, welch letzterer auch für die bayerische Rheinpfalz in Kraft geblieben ist. (Art. 4 des bayer. Einf.-Ges. „jedoch unbeschadet des Art. 8 des allgemeinen deutschen HGBuchs.“) Mit Recht hebt Lutz (Kommentar zu Art. 4 des bayer. Einf.-Ges. S. 37 f.) hervor, daß sich die bezeichneten besonderen Formen nur auf die Veräußerung und Verpfändung der Dotalgrundstücke durch die Frau beziehen, daß aber die Handelsgläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Rechte des Ehemannes am Dotalgute letzteres im Exekutionswege in Anspruch nehmen können, so weit dasselbe nicht etwa Eigenthum des Mannes geworden ist (Code civil Art. 1552).

er behält auch die Nutznießung davon, so weit sie ihm gesetzlich zusteht; dagegen hindert sein Verwaltungsrecht nicht die handelsgeschäftlichen Verfügungen der Ehefrau[8]), und die Handelsgläubiger können sich an das ehefräuliche Vermögen halten, ohne durch die Verwaltungs- oder Nutznießungsrechte des Ehemannes gehindert zu sein. Insbesondere können auch die Dotalgüter für Handelsschulden der Ehefrau in Anspruch genommen werden, obwohl nach den meisten Rechten die dos in das Eigenthum des Mannes übergeht und nach Auflösung der Ehe nur ein mitunter beschränktes Rückfallsrecht eintritt[9]).

Das Gesetz erstreckt diese Haftung auch auf das gemeinschaftliche Vermögen der Eheleute und zwar nicht so, daß etwa nur der hievon der Ehefrau zukommende (ideelle) Antheil in Anspruch genommen werden könnte, sondern es werden die gemeinsamen Vermögensobjekte vollständig der Schuldhaftung unterworfen. Es gilt dieß sowohl hinsichtlich der mit dem Dotalrechte häufig verbundenen Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft, als auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft[10]). Praktisch wird zwar in diesem Falle selten die Ehefrau allein den Gewerbebetrieb führen, sondern beide Eheleute gemeinsam das Geschäft ausüben; wenn es aber vorkommt, bleibt der Mann zwar befugt, seinerseits über das Vermögen der Gütergemeinschaft zu verfügen, und seine Gläubiger können sich an dieses Vermögen halten; anderseits aber kann er auch nicht hindern, daß die gemeinsame Masse als Exekutionsobjekt für die Handelsschulden der Ehefrau dient, und zwar können die Gläubiger sich sofort an dieses Vermögen halten, da im Gesetze nicht verordnet ist, daß zuvor das Sondergut der Handelsfrau in Angriff genommen werden müsse. Persönlich wird der Ehemann durch die Handlungen der Ehefrau, auch wenn sie mit seiner Einwilligung ein Handelsgeschäft betreibt, an sich nicht verpflichtet. Nur im Falle allgemeiner Gütergemeinschaft könnte dieß zweifelhaft sein[11]);

---

8) Auch über die unbeweglichen Güter, vgl. jedoch oben Note 1 und 7.

9) Dieß ist es, was durch die Worte „oder die sonstigen durch Eingehung der Ehe begründeten Rechte" ausgedrückt sein soll, vgl. Prot. S. 891. S. aber Note 7.

10) Hinsichtlich der Errungenschaft wird die Auffassung dieser Bestimmung allerdings mitunter nicht ohne eine sehr beschwerliche Liquidation des Vermögens des Mannes und der Frau vollziehbar sein, allein dieß schließt die Anwendung des Gesetzes nicht aus. Vgl. Prot. S. 19.

11) Der Code de commerce (Art. 5) hat eine solche persönliche Verpflichtung im Falle der Gütergemeinschaft deshalb angenommen, weil in solchem Falle

denn nach diesem Güterrechte fällt in die Gütergemeinschaft, was die Ehefrau als Handelsfrau erwirbt, der Mann nimmt am Gewinne des Geschäftes Theil und man kann behaupten, er stehe faktisch ganz in demselben Verhältnisse, wie ein Gesellschafter. Es verpflichtet aber überdieß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Ehefrau den Mann, so weit sie überhaupt selbständig zu handeln befugt ist, und da die Handelsfrau in ihren Handelsgeschäften selbständig handelt, so könnte man eben deshalb die Verpflichtung des Mannes auch für die Handelsschulden, welche die Frau allein eingeht, anzunehmen geneigt sein. Allein es ist bereits oben (S. 61) in Bezug auf die in Gütergemeinschaft lebende Frau des Kaufmannes erörtert worden, daß sie deshalb allein als Handelsgesellschafterin des Mannes noch nicht erachtet werden kann, und dieselben Erwägungen sprechen auch gegen die Annahme, als werde durch die Gütergemeinschaft der Mann Handelsgesellschafter seiner als Handelsfrau auftretenden Ehegattin.

Insoweit aber, abgesehen hievon, vermöge Civilrechtes der Ehemann für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich mit seinem Sondervermögen haftet, hat es hiebei sein Bewenden [12]).

Die wichtigsten partikularrechtlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht bilden das Preußische LR. Th. II Tit. 1 §. 337 und der Code civil Art. 220 [13]) (identisch mit Art. 5 des Code de commerce).

---

der Ehemann als eine Art von Handelsgesellschafter erscheint. Die Konferenz war jedoch schon bei der ersten Lesung (S. 19) dem von gleichem Grundsatze ausgehenden Art. 6 Abs. 2 des Pr. E. entgegen und verwarf einen bei der zweiten Lesung (S. 891) gestellten Antrag auf Wiederaufnahme desselben mit 11 gegen 6 Stimmen.

[12]) Dadurch, daß der Schlußsatz des Art. 8 Abs. 2 nur durch ein Semikolon ababgetrennt ist, wird es zweifelhaft, ob sich die Bestimmung nicht blos auf den in Gütergemeinschaft lebenden Ehemann erstrecke; allein es handelt sich hier überhaupt um die civilrechtliche Haftung des Mannes, über welche das Handelsgesetzbuch gar nicht verfügen wollte.

[13]) Besonders vorbehalten im Preuß. Einf.-Ges. Art. 19 und 39.

Art. 9.

Eine Handelsfrau kann in Handelssachen selbständig vor Gericht auftreten; es macht keinen Unterschied, ob sie unverheirathet oder verheirathet ist.

Pr. E. — I. E. Art. 7. II. E. Art. 8. Prot. S. 20.

In Handelssachen.

Es ist eine nothwendige Konsequenz der freien Stellung, welche das Handelsgesetzbuch der handeltreibenden Frau einräumt, daß dieselbe auch jeder Geschlechtsvormundschaft enthoben bleibt[1]). Dieser Satz wird im vorstehenden Artikel ausgedrückt. Demnach ist der Ausdruck „Handelssachen" gleichbedeutend zu nehmen mit „Angelegenheiten ihres Handelsbetriebes;" es sind nicht blos die prozessuale Verfolgung von Ansprüchen und die gerichtliche Vertheidigung gegen erhobene Forderungen, sondern der ganze rechtliche Verkehr, soweit derselbe durch gerichtliche Hülfe vermittelt wird, in die Hand der Handelsfrau gelegt[2]). Dieselbe kann daher, auch wenn zu Rechtsgeschäften über Immobilien der Frau statutarisch eine Beistandschaft vorgeschrieben sein sollte, ihr Handelsetablissement mit Schulden belasten und dasselbe veräußern[3]).

Selbständig.

Die Handelsfrau bedarf keines Beistandes, Vogtes, Trägers oder Ku-

---

[1]) Für Bayern hat diese Bestimmung allerdings hauptsächlich Bedeutung nur für die Ehefrauen, da mit Landtagsabschied vom 10. November 1861 Abschnitt III §. 28 (vgl. hierüber v. Völderndorff, Kommentar in Dollmann's Gesetzgebung) die Geschlechtsvormundschaft allgemein aufgehoben ist.

[2]) Dagegen sind in allen jenen Rechtsangelegenheiten, welche dem Handelsverkehre nicht angehören, die Handelsfrauen denselben Beschränkungen unterworfen, wie die übrigen Frauen; auch Handelsfrauen können keine Adoption oder Pupillarsubstitution u. s. w. vornehmen, soferne die Gesetze (wie z. B. das gemeine Recht) solches den Frauen versagt.

[3]) Denn hierin liegt ein handelsrechtlicher Akt, auch wenn mit dem Geschäfte das Immobile, in welchem es betrieben wurde, veräußert wird. Vgl. Goldschmidt S. 514 und die Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 122.

rators, soferne solche ihr als Frau vermöge ihres Geschlechtes gesetzt sind; sie ist an die Zustimmung ihres Ehemannes nicht gebunden, soferne diese kraft des ehelichen Rechtes eintritt. Ist aber der Handelsfrau wegen besonderer in ihrer Person liegender Gründe die Selbständigkeit entzogen, so findet der obige Artikel selbstverständlich keine Anwendung. Sollte also eine Frau wegen Geistesbeschränktheit oder Verschwendung unter Kuratel gestellt sein, so findet, wenn ihr der Fortbetrieb ihres Gewerbes demohngeachtet gestattet sein sollte, die Bestimmung des Art. 9 keine Anwendung.

Insbesondere versteht es sich, daß man sich auf den Artikel nicht berufen kann, wenn eine Handelsfrau insolvent geworden und ihr die freie Disposition über ihr Vermögen entzogen ist.

Was die minderjährige Frau betrifft, so gilt auch für sie, was Art. 7 des Bayer. Einf.-Ges. verordnet. Dieselbe kann ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde[1]) nicht Handelsfrau werden oder sein; ist sie aber eine solche, dann muß sie rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Handlungen für selbständig erachtet werden.

Unverheirathet oder verheirathet.

Hieher gehören auch die Wittwen und geschiedenen Frauen.

Auch die eheherrliche Gewalt über Handelsfrauen, insoferne sie sich in der sogenannten Kriegsvogtei äußert, ist demnach aufgehoben. Folge hievon ist, daß der Rechtsstreit, welcher gegen handeltreibende Eheleute geführt wird, eine doppelte Richtung hat, daß es also nicht angeht, die Zustellungen im Prozesse etwa nur an den Ehemann zu bewerkstelligen, sondern daß die Frau als vollkommen selbständige Partei angesehen werden muß.

---

[1]) Ob diese stets ausdrücklich, in gewissen Formen u. s. w. erklärt werden muß, oder ob solche auch stillschweigend gegeben werden kann, ist nach den Bestimmungen der Partikularrechte zu ermessen. Die Vermuthung, welche der Art. 7 Abs. 2 für den Ehemann ausspricht, ganz allgemein auch auf die Kuratoren anzuwenden, läßt sich nicht rechtfertigen; Endemann S.112, Thöl §. 50 Note 3 sind deshalb nur für die eigentlichen Geschlechtskuratoren zu verstehen.

Art. 10.

Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirthe, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer, und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung. Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, im Falle es erforderlich erscheint, diese Klassen genauer festzustellen.

Vereinigungen zum Betriebe eines Handelsgewerbes, auf welches die bezeichneten Bestimmungen keine Anwendung finden, gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie aber auch verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen.

1) Alle wirthschaftlichen Unternehmungen theilen sich nach Art und Umfang der Ausführung in Groß- und Kleinbetrieb, der Handel zerfällt in Groß- und Kleinhandel[1]). „Der Kleinbetrieb ist geschichtlich die frühere, der Großbetrieb die spätere und höhere Stufe; aus dem Kleinhandel bildet sich der Großhandel, aus dem Handwerk die Fabrik heraus"[2]). Ehedem war die rechtliche Behandlung dieser beiden Handelssphären in objektiver wie subjektiver Richtung verschieden; der moderne Verkehr strebt dagegen nach gleicher rechtlicher Beurtheilung und das Handelsgesetzbuch hat denn auch in objektiver Hinsicht alle, in subjektiver fast alle Unterschiede zwischen Groß- und Kleinhändler aufgehoben.

Es ist bereits oben erörtert, daß der Kauf der unbedeutendsten beweglichen Sache zum Wiederverkaufe ein Handelsgeschäft ist und daß, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, und sei es in noch so geringem Umfange, Kaufmann ist[3]). Allein man kann sich der Ueberzeugung nicht ver-

---

[1]) Handel en gros und en détail sind nicht ganz kongruente Begriffe.

[2]) Goldschmidt §. 46 Note 4.

[3]) Gebrüder von Rothschild und die Hökerin, welche Rettige verkauft,

schließen, daß gewisse Klassen von Handeltreibenden unmöglich in allen Beziehungen den Kaufleuten gleichgestellt werden können; daß jene Klassen von einigen für sie nach ihrem Stande und ihren Kenntnissen allzu lästigen ja unerfüllbaren Pflichten entlastet werden, aber auch gewisser zugleich an die Erfüllung dieser Pflichten geknüpfter Rechte verlustig bleiben müssen.

Man hatte bei den Berathungen[4]) diese Klasse der Handeltreibenden von dem Stande der Kaufleute völlig ausscheiden wollen; allein dieser Antrag wurde mit Recht verworfen. Zu einer solchen völligen Ausscheidung, wodurch eine große Reihe von Personen, die denn doch einmal Handel treiben, von der Gesammtheit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ausgenommen würden, ist ein ausreichender Grund nicht vorhanden; sie würde der inneren Natur und den Zwecken der Vorschriften des vierten Buches widerstreben, welche für den kleinen Verkehr nicht minder nöthig oder nützlich sind; bei der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, die kleinen Geschäftsleute durch sichere Merkmale zu definiren, würde eine solche Unterscheidung das Vertragsrecht höchst unsicher machen; sie würde auch zu gänzlich ungeeigneten Resultaten führen, wie z. B. dazu, daß die Verträge größerer Kaufleute durch das Handelsgesetzbuch trotz des erheblichsten Objektes einer besonderen Form nicht bedürften, während die auf kleine Objekte lautenden Verträge kleiner Geschäftsleute vermöge der für sie fortbestehenden Partikularrechte den mannigfachsten Formvorschriften unterworfen blieben[5]). Was allein für diese kleineren Leute unpassend sein würde, sind die strengen Vorschriften über das kaufmännische Etablissement in seiner äußeren formellen Erscheinung (Firma, Repräsentation, Buchführung); diese würden für einen Geschäftsbetrieb von ganz geringem Umfange ein übertriebener Apparat sein, der seinen Zweck verfehlen müßte.

Demgemäß unterscheiden sich die Vollkaufleute (wie sie Goldschmidt mit Recht bezeichnet) von den kleinen Handelsleuten in allen wesentlichen rechtlichen Beziehungen nicht[6]). Vor Allem gehören die

---

stehen in handelsrechtlicher Hinsicht gleich; ihre Geschäfte sind rechtlich dieselben Handelsgeschäfte; beide sind Kaufleute.

[4]) Prot. S. 1256. Ueber die Vorgeschichte siehe Goldschmidt S. 377 Note 20.

[5]) Protokolle S. 1257.

[6]) Der von Kurhessen lebhaft unterstützte Antrag, den Anspruch auf Zinsen ipso jure, auf Provision, auf Zinseszinsen bei Contocorrenten, auf die Realisirung des Faustpfandes, auf das gesetzliche Pfandrecht, die Verpflichtung zur Ant-

sämmtlichen Handeltreibenden unter die Zuständigkeit der Handelsgerichte; die Hökerin (soferne sie selbständig ihr Obst oder Gemüse verschleißt), kann als Handelsfrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten sich nicht berufen; die sämmtlichen Vorschriften des vierten Buches gelten für die Handelsgeschäfte des Hausirers und Trödlers ebenso wie für den Grossisten [7]).

Dieser letztere Satz darf aber nicht so verstanden werden, als ob der Umfang und die Art des Geschäftsbetriebes ohne allen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse bleiben müßte. Es würde dem Handelsrichter Angesichts des wahren, in Art. 278 ausgesprochenen Grundsatzes übel anstehen, wenn er blind nach einer Schablone urtheilen wollte und die lebendigen Verhältnisse des Verkehres unbeachtet ließe, damit aber den Satz verherrlichen würde: summum jus, summa injuria [8]).

Die hauptsächlichsten Fälle, in welchen die Praxis auf eine Berücksichtigung der kleinen Geschäftsleute hinführt, sind die Art. 347 und 356, dann auch Art. 319. Alle diese Bestimmungen finden auf den kleinen Kaufmann vollkommen Anwendung; allein indem das Gesetz den Richter anweist, die „Ordnungsmäßigkeit" der Handlungsweise in Betracht zu ziehen, hat es denselben nicht blos berechtigt, sondern sogar verpflichtet, auf die Art und den Umfang des Geschäftsbetriebes die geeignete Rücksicht zu nehmen.

Ein Landkrämer z. B. ist in seinem ordnungsmäßigen Geschäftsgange geblieben, wenn er auch nicht mit Postwendung die ihm übersandten Waaren zur Disposition stellt [9]); was bei dem Banquier schon als verspätete Ant-

---

wort bei Aufträgen für die in Art. 10 genannten Kaufleute auszuschließen, fand keine Unterstützungen. Vgl. Prot. S. 1419 ff.

[7]) Für Bayern ist dieser Satz weit weniger einschneidend, als in anderen Ländern; die laesio enormis, die lex Anastasiana, die exceptio non numeratae pecuniae, selbst die Formlosigkeit der Verträge sind hier längst allgemeines Recht.

[8]) Es soll durch diese Hinweisung nicht nur der Praxis ein mitunter nothwendiger Fingerzeig gegeben, sondern insbesondere das Handelsgesetzbuch gegen den sehr häufig gemachten Vorwurf vertheidigt werden, daß es durch den Art. 347 den kleinen Geschäftsmann vollständig ruinire.

[9]) Selbstverständlich soll hier nicht dem Schlendrian das Wort geredet werden; auch der kleine Handelsmann muß im Zeitalter der Eisenbahnen und Telegraphen eine prompte Geschäftsbehandlung lernen; doch muß eine gewisse Billigkeit nicht außer Acht gelassen werden.

wort auf ein telegraphisches Angebot von 100 Stück österreichischen Bankaktien zum Kurs von 850 gelten würde, kann bei dem Kleinhändler, welchem ein Centner Salz offerirt wird, als immer noch ordnungsmäßige und rechtzeitige Annahme erscheinen.

Es zeigen diese Beispiele, in welcher Weise die rechtliche Gleichheit und die faktische Ungleichheit der Verhältnisse sich in eine der Billigkeit entsprechende Harmonie bringen lassen.

Mitunter erleidet aber auch die gleichheitliche Anwendung der Rechtssätze auf Groß- und Kleinhandel durch das Herkommen, durch die Rücksicht auf die stillschweigende Meinung der Kontrahenten eine Ausnahme. Der Schneider, welcher einen Laden hält und fertige Kleider verkauft [10]), ist als Kaufmann anzusehen; es findet daher Art. 290 auch auf ihn Anwendung; wenn aber z. B. einer seiner Kunden ein Muster zu einem Rocke auswählt und ihn beauftragt, den Stoff bei dem Tuchhändler X. zu kaufen, so wird dem Schneider kaum eine Provision für Ausführung dieses Auftrages zuzubilligen sein.

Aehnlicher Fälle lassen sich verschiedene konstruiren; es genügt aber das bisher Vorgebrachte, um das Prinzip zu veranschaulichen.

2) Firmen.

Nur der Vollkaufmann hat eine Firma zu führen, solche in das Handelsregister eintragen zu lassen, nur er kann sie vererben und veräußern. Die geringeren Handelsleute stehen in dieser Hinsicht den gewöhnlichen Rechtssubjekten gleich, und so wenig diese befugt sind, unter einem anderen Namen als ihrem Familiennamen im Rechtsverkehre aufzutreten, so wenig können die kleinen Handelsleute dieses Recht für sich in Anspruch nehmen [11]). Die entgegengesetzte Meinung [12]), wonach die in Art. 10 aufgeführten Personen vollkommene Firmenfreiheit genießen, und so zu sagen in diesem Punkte größere Rechte als die Vollkaufleute, aber keine Pflichten haben sollen, widerlegt sich durch die Hinweisung, daß das frühere Firmenrecht doch sicherlich zum Handelsrechte gehört hat, dieses aber allgemein durch Art. 1 des Handelsgesetzbuches abgeschafft ist.

Demnach wäre, falls z. B. ein Tröbler sein Geschäft unter einer

---

[10]) Ueberhaupt der Schneider, welcher sein Gewerbe nicht blos in Verarbeitung ihm übergebener Stoffe ausübt.

[11]) Ebenso Hahn S. 26. Goldschmidt S. 384 Note 31. Auerbach S. 41.

[12]) Thöl §. 14a Note o. Praktisch würde überdieß diese Ansicht zu den gefährlichsten Konsequenzen führen.

Firma betreiben wollte, wenn er den Namen seines Geschäftsvorgängers beibehalten würde, ein Fall gegeben, in welchem das Handelsgericht nach Art. 26 des a. d. HGB. gegen denselben einschreiten müßte.

Eine scheinbare Ausnahme ergibt sich bei den Wirthen und Gasthofbesitzern. Dieselben gehören gleichfalls zu den Nicht-Vollkaufleuten, sie können daher keine Firma führen und sie nicht mit ihrem Etablissement veräußern. Demohngeachtet wird man dem Wirth „zur blauen Traube" nicht versagen können, dem Erwerber seiner Wirthschaft die Befugniß abzutreten, sein Geschäft unter dem bisherigen Namen „zur blauen Traube" fortzusetzen; allein diese Bezeichnung ist eben keine Firma, sondern nur eine Geschäftsbenennung und rein polizeilicher, nicht rechtlicher Natnr. (Vgl. die Bemerkungen zu Art. 22 ff.)

3) Handelsbücher.

Unzweifelhaft wird durch diese gesetzliche Vorschrift ausgesprochen, daß die im vorstehenden Artikel genannten Personen von den in Art. 28—33 gegebenen Verpflichtungen befreit sind. Desgleichen wird zugegeben werden müssen, daß, wenn ein unter Art. 10 fallender Kaufmann, ohngeachtet er nicht hiezu verpflichtet wäre, ordnungsgemäße Bücher führen würde, er dennoch die in Art. 34 bestimmte Beweiskraft nicht in Anspruch nehmen könnte. In dieser Hinsicht hat das bayerische Einführungsgesetz[13]) (Art. 74) Vorsorge getroffen und solchen Büchern die in der GO. Kap. XI §. 3 N. 2 eingeräumte Beweiskraft gesichert[14]).

Zweifelhaft erscheint aber, ob das Gesetz die in Titel IV enthaltenen Vorschriften gegen die geringeren Handelsleute nur, soferne diese aktiv in Betracht kommen, ausgeschlossen hat, oder ob sie auch passiv davon eximirt erscheinen; ob die Beweiskraft der Bücher eines Vollkaufmannes die in Art. 34 aufgestellte Beweiskraft auch einem unter Art. 10 fallenden geringeren Handelsmanne gegenüber habe, oder ob in einem solchen Falle der letztere in dieser Beziehung gleichfalls den Nichtkaufleuten gleichstehe[15]).

Dem Wortlaute des Art. 10 zufolge, welcher ganz allgemein die im Handelsgesetzbuche enthaltenen Bestimmungen über die Handelsbücher für unanwendbar erklärt, müssen die geringeren Handelsleute hinsichtlich der Frage, wie viel ein Handelsbuch gegen sie beweise, als Nichtkaufleute angesehen werden. Dem Inhalte der Protokolle[16]) zufolge dagegen, nach

[13]) Aehnlich in Oesterreich Einf.-Ges. §. 20.

[14]) Vgl. Lutz Kommentar S. 204. — S. auch Keyssner, die Beweiskraft der Gegenbücher u. s. w. in der Zeitschrift f. Gesetzgebung u. Rechtspflege in Preußen v. Hinschius I. Bd. (1867). S. 83.

[15]) Vgl. v. Hahn S. 103, Goldschmidt S. 384. Note 30.

[16]) S. 1265. 1277.

welchen immer nur der Bestimmungen über Buchführung erwähnt wird, scheint das Gegentheil beabsichtigt gewesen zu sein.

Wenn jedoch erwogen wird, daß der Hauptgrund, weshalb den kaufmännischen Büchern eine bevorzugte Beweiskraft zugeschrieben werden kann, eben in der wechselseitigen Kontrole gelegen ist, welche bei den in Art. 10 genanten Personen hinwegfällt, so muß die erstere Ansicht wohl als die richtige angesehen werden. Vgl. hierüber noch Art. 36.

4) Prokura.

Die im Art. 10 bezeichneten geringeren Handelsleute können einen Bevollmächtigten aufstellen, der in ihrem Namen und auf ihre Rechnung das Handelsgeschäft betreibt; sie können diesen Bevollmächtigten aber nicht beauftragen, ihren Namen per procura zu zeichnen. Wenn dieß demohngeachtet geschieht, so ist die erste Folge, daß auf Grund des Art. 45 Abs. 4 u. Art. 48 das Handelsgericht gegen den als Prokuristen Auftretenden mit Ordnungsstrafen wegen unbefugter Gerirung als Prokurist einschreiten muß [17]. Die weitere Folge ist, daß die per procura vorgenommenen Handlungen auch dem Dritten gegenüber nicht als Handlungen eines Prokuristen gelten können. Es frägt sich nun aber, ob diese Handlungen überhaupt keine rechtlichen Wirkungen haben, ob ihnen alle Verbindlichkeit für den Prinzipal abzusprechen sei. Eine solche Strenge dürfte nicht gerechtfertigt sein. Allerdings wird die Zeichnung per procura als solche formell eine rechtliche Bedeutung nicht zu äußern vermögen; denn als Prokurazeichnung ist sie unzulässig, daher als nicht bestehend anzusehen und die Erklärung als eines mit Vollmacht und im Namen des Auftraggebers Handelnden wird durch diese Art der Unterschrift dem Wortlaute nach nicht abgegeben.

Dagegen ist die Handlung selbst, sei es, daß sie durch Zeichnung der Prokura bekundet wurde oder nicht, als die Handlung eines Bevollmächtigten anzusehen; denn wenngleich die Prokura, wie sie von dem Handelsgesetzbuche ausgebildet ist, sich recht eigentlich als ein eigenthümliches Rechtsinstitut darstellt, so bleibt dieselbe im Rechtssysteme doch immer nur eine besonders gestaltete Vollmacht mit ausgedehntestem Umfange und der Prokurist ist daher jedenfalls Bevollmächtigter des Prinzipals. Wenn

---

[17]) Es kann unter Umständen in einem solchen Verfahren ein Anhaltspunkt dafür gefunden werden, daß der Gewerbebetrieb ein solcher ist, der den Inhaber zum Vollkaufmann macht: in Hannover (Einf.-Ges. §. 6), Oldenburg (Einf.-Ges. Art. 5) und Bremen (Einf.-Verordn. §. 5) ist, sobald ein Geschäft mit einem Prokuristen betrieben wird, der Inhaber gehalten, sich in das Register eintragen zu lassen.

nun der Inhaber eines geringen Geschäftes eine Person als Prokuristen aufstellt, so kann man, da er hiezu ein Recht nicht hat, allerdings sagen: diese Aufstellung ist ihrem Wortlaute nach eine bedeutungslose Handlung[18]); allein unter Berücksichtigung des Art. 278 des a. d. HGB., und da derjenige, welcher einen Prokuristen aufstellt, damit nach der Definition des Art. 41 neben der Ermächtigung, die Firma per procura zu zeichnen, zugleich stets die Ermächtigung ertheilt, im Namen und auf Rechnung des Inhabers das Geschäft zu betreiben, so muß ein solcher Prokurist stets[19]) als für das ganze Handelsgewerbe bevollmächtigt angesehen werden. Es finden deshalb die Bestimmungen des Art. 47 auf einen solchen Bevollmächtigten Anwendung.

Man hat versucht, hiebei einen Unterschied zu machen, ob die Prokuraertheilung formell vorgenommen, namentlich etwa durch Cirkular bekannt gemacht, oder nur stillschweigend die Ermächtigung ertheilt worden sei, per procura den Namen des Prinzipals zu zeichnen. Im letzteren Falle soll keineswegs die Absicht, eine auch nur einigermaßen ausgedehnte Vollmacht zu ertheilen, anzunehmen sein. Es wird hiefür als Grund angegeben[20]), daß bei den meisten unter Art. 10 fallenden Personen eine Kenntniß der kaufmännischen Uebung nicht vorauszusetzen sei. Allein wenn einmal eine solche rein kaufmännische Formel der Ermächtigung gewählt wird, so liegt darin wohl ein Beweis für die genügende Kenntniß des Institutes, und wer eine allgemeine Ermächtigung ertheilt, seinen Namen per procura zu zeichnen, der hat damit auch den hiezu Ermächtigten zum Betriebe des ganzen Ge-

---

[18]) Thöl §. 33b, am Schlusse, spricht den Satz ganz allgemein aus: „ein gewollter aber ungültiger Prokurist ist nicht als ein Handlungsbevollmächtigter zu behandeln, er ist ohne alle Vollmacht". Endemann S. 134 Note 25 will in solchem Falle „die gewöhnlichen Regeln vom Mandat bezw. die Sätze der früheren Prokuralehre" geltend erachten. Gegen die letztere Meinung spricht, daß das gesammte ältere Handelsrecht durch das a. d. HGB. abgeschafft ist. Allein das Institut des Prokuristen (institor) ist wenigstens gemeinrechtlich nicht auf das Handelsrecht beschränkt gewesen; das Institorenverhältniß ist nach Römischem Rechte auch bei jedem Gewerbe zulässig.

[19]) Goldschmidt (S. 385), ebenso v. Hahn (S. 26) „im Zweifel"; allein wenn einmal Jemand einen Prokuristen aufgestellt hat, so hat er ja der Begriffsbestimmung zufolge einen Generalbevollmächtigten aufgestellt, nur die Zeichnung der Firma per procura kann er nicht gestatten, weil er eben keine Firma hat, und die Bestimmungen des HGB. über den Umfang der Prokura (Art. 42 u. 43) sind damit ausgeschlossen, mehr aber nicht.

[20]) v. Hahn S. 26.

schäftes nothwendig bevollmächtigt. Anders wäre es, wenn die Erlaubniß etwa nur dahin ginge, diesen konkreten Brief, diese konkrete Urkunde per procura zu zeichnen; in solchem Falle würde der Auftrag nur auf eine bestimmte Handlung gerichtet sein und den Auftraggeber nur für diese Handlung binden.

Es ist nun nicht zu läugnen, daß ein Dritter hiedurch verleitet werden kann, denjenigen, der in einem speziellen Falle als Prokurist zu handeln bevollmächtigt war, für allgemein mit procura versehen anzunehmen; noch wichtiger wird dieses in dem Falle, wenn der als Prokurist förmlich Aufgestellte (der aber nach dem Obigen nur General-Handlungsbevollmächtigter ist) Handlungen vornimmt, welche nach Art. 47 Abs. 2 zwar dem Prokuristen aber nicht dem Generalbevollmächtigten zustehen[21]), und es fragt sich deshalb, ob nicht, wie in den Prot. S. 1278 ausgesprochen wurde, derjenige, welcher ohne die erforderliche Qualifikation eine Prokura ertheilt und dadurch bestimmte Dritte in Irrthum geführt hat, dieses sein eigenes Faktum nicht anfechten darf und die Wirkung der Prokura vertreten muß.

Da jedoch ein Mandatsvertrag selbstverständlich nur durch den Willen der Kontrahenten, nicht aber durch dolus oder culpa abgeschlossen werden kann, so wird eine von einem Nicht- oder mangelhaft Bevollmächtigten vorgenommene Handlung, dadurch, daß der Gegenkontrahent in gutem Glauben ist, nicht zu einer rechtlich im Namen des Prinzipals vorgenommenen und daher für diesen verbindlichen Handlung. Da überdieß das Handelsregister öffentlich ist, so kann derjenige, welcher namentlich bei einem an sich unter Art. 10 fallenden Geschäftsmanne die Erkundigungspflicht versäumt, den aus dieser seiner Nachlässigkeit entstehenden Schaden nicht von sich ablehnen. Es ist deshalb nur etwa bei einem dolus eine Entschädigungspflicht begründet.

5) Höker (auch Huckler, Huker) werden diejenigen Handelsleute genannt, welche auf Straßen, Plätzen, in Haus- oder anderen Gewölben oder auch auf offenem Markte ihre Waaren feilbieten. Daß gerade

---

[21]) Der weitere von Goldschmidt S. 385 Note 32 bemerkte Fall der Beschränkung einer solchen Prokura ist weniger von Wichtigkeit; denn entweder die Prokura ist nur hinsichtlich der in Art. 47 Abs. 2 bezeichneten Handlungen beschränkt: dann fällt er mit obigen zusammen; sind aber noch andere Handlungen ausgenommen, so gilt diese Beschränkung auch für den Handlungsbevollmächtigten nicht; vgl. die Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 45.

Lebensmittel Gegenstand ihres Verschleißes sein müssen[22]), ist nicht nothwendig; wohl aber, daß der Höker seine Waare nicht selbst produzirt[23]).

Trödler (Tändler) heißt man im gewöhnlichen Leben diejenigen, welche alte Kleider, Möbeln und Geräthe zusammenkaufen und weiter verkaufen[24]). Besteht der Handelszweig im Ankaufe und Verkaufe von alten Büchern (Handschriften, Musikalien) oder Kunstgegenständen, so pflegt man die damit sich Beschäftigenden, wenn sie eine geschäftlich höhere Stellung einnehmen, Antiquare zu nennen[25]). Diese letzteren fallen (vgl. unten S. 80) nicht unter die in Art. 10 genannten Personen; sie sind als Vollkaufleute zu erachten.

Hausirer sind die von Haus zu Haus oder in den Straßen umherziehenden Handelsleute.

6) Dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe.

Es besteht über die Auslegung dieser Stelle eine Kontroverse: die eine Ansicht geht dahin, daß das Gesetz von der Klasse der Vollkaufleute alle Kaufleute ausschließen wollte, deren Gewerbebetrieb ein geringer ist, und hiebei der Höker, Trödler und Hausirer nur deshalb besonders erwähnte, weil bei ihnen diese Voraussetzung gewöhnlich eintritt, so zwar, daß auch diese, wenn ihr Geschäft ausnahmsweise ein nicht geringes wäre, gleichfalls nicht unter dem Art. 10 stehen.

Thöl Handelsrecht S. 87.

Koch Kommentar zu Art. 10 Note 20.

Die andere Ansicht will vor Allem bei Hökern, Trödlern und Hausirern eine Rücksicht auf den Umfang ihres Geschäftsbetriebes ausgeschlossen wissen; diese sollen unter allen Umständen unter den Art. 10 fallen. Dagegen soll auf das Wort dergleichen Gewicht gelegt und daraus gefolgert werden, daß nur solche Handelsleute unter Art. 10 zu subsumiren seien,

---

[22]) Allerdings werden an manchen Orten nur die eigentlichen Rohproduktenhändler (insbesondere Händlerinnen) Höker, Hökerweiber genannt (vgl. Goldschmidt S. 388 Note 36), allein im Allgemeinen fallen auch die übrigen vom sogenannten Standhandel lebenden Personen hieher.

[23]) In der Regel wird der Höker seine Waaren nicht vom Grossisten, sondern selbst wieder nur vom Detailisten beziehen.

[24]) Mit Recht macht Goldschmidt S. 370 Note 6 die Bemerkung, daß die vom Trödler geschlossenen Geschäfte weder nothwendigerweise noch gewöhnlich Trödelverträge (ästimatorische Kontrakte) sind.

[25]) Im gewöhnlichen Leben unterscheidet man den Büchertrödler ganz richtig vom Antiquar.

deren Gewerbebetrieb nicht nur gering ist, sondern wenn er auch nicht diejenigen, beziehungsweise alle diejenigen Eigenschaften hat, welche den Höker-, Trödel- und Hausirhandel charakterisiren, doch nach der einen oder anderen Richtung mit einer oder der anderen dieser Handelsarten Aehnlichkeit besitzt.

v. Hahn Kommentar S. 27 u. 28.

Goldschmidt Handbuch S. 388. ff. [26]).

Es ist nun vor Allem zu konstatiren, daß, wie die Protokolle ausweisen (S. 1280), die Mitglieder der Konferenz selbst über die Tragweite und Auslegung des Gesetzes uneinig waren, und es ist ferner darauf hinzuweisen, daß es, wie Endemann (§. 13 Note 39) mit Recht bemerkt, weder dem Leben selbst noch der Idee des Handelsgesetzbuches entspricht, mit scholastischen Categorieen die Frage lösen zu wollen. Hievon ausgehend wird man aber die zweite der oben entwickelten Ansichten nicht theilen können. Es ist gar nicht abzusehen, weshalb nicht z. B. Antiquare, welche vielleicht Tausende von Gulden in einem Tage umsetzen, weil sie nominell unter die Klasse der Trödler fallen, den Vollkaufleuten nicht beizuzählen sein sollen [27]). Andererseits kann ein Geschäftsmann, der nach der Art seines Gewerbes ganz allgemein als Kaufmann erscheint, deshalb unter Art. 10 nicht subsumirt werden, weil sein Gewerbebetrieb ein geringer ist; während ein an und für sich und seiner Natur nach geringfügiger Handelsbetrieb auch dann nach Art. 10 zu beurtheilen ist, wenn er sich nicht dem Höker-, Hausir- und Trödelhandel analog verhält. Sonach werden beispielshalber diejenigen Personen, welche Bänder, Nadeln, Knöpfe u. s. w. auf offenen Straßen sitzend feil haben, als eine Art Höker, diejenigen, welche Asche, Knochen, Lumpen u. s. w. im Lande umherziehend einkaufen, als eine Art Hausirer, die fliegenden Buch-

---

[26]) v. Kräwel Kommentar zu Art. 10 und Endemann S. 68 sprechen sich für keine der beiden Ansichten aus, Gad S. 16 schließt sich der ersteren, Wächter S. 20 Note 11 und Auerbach S. 40 mehr der letzteren an; dieser will die geringen Handelsleute nach Analogie bestimmt wissen, und führt z. B. Gerümpler, Fettkrämer, Besucher von Jahrmärkten als hieher gehörig an. Ebenso steht auf dieser Seite das in Busch Archiv Bd. VII S. 158 veröffentlichte Erk. des Berliner Obertribunales, und das ebendaselbst Bd. VIII S. 111 abgedruckte Urtheil des Kammergerichtes zu Berlin.

[27]) Noak (in Busch's Archiv Bd. II S. 20) findet den Grund darin, daß sie nicht nach allgemeinen Werthmessern, sondern nach besonderem Stückwerthe einhandeln. Dieses geht offenbar zu weit. Die im Texte vertretene Ansicht ist auch ausgesprochen in einem Erk. des Cölner Appellhofes v. 18. Juni 1862; Centralorgan Bd. II S. 207 (Busch Archiv Bd. II S. 152).

händler als eine Art Trödler nach Art. 10 zu behandeln sein, nicht weniger aber auch die kleinen Krämer, wenn gleich sie in ständigem Laden verkaufen, in Bayern und Süddeutschland die Fragner[28]), Kleinpfragner, Pfenfer[29]), Greißler, Salzstößler, Priechler; desgleichen die Vogelhändler, welche Vögel, Käfige, Vogelfutter u. dgl., wenn auch im Ladengeschäfte, führen, die umherziehenden Viehhändler[30]) u. s. w.

Nicht einmal das Kriterium des Verkaufens ist als nothwendige Voraussetzung festzuhalten[31]); diejenigen Wechsler, welche (wie dies in Italien, Wälschtyrol u. dgl. häufig vorkommt und bei uns vorkommen kann) lediglich den Austausch der kleinen Münze vermitteln, fallen, obwohl sie mit den drei genannten Kategorieen keine Aehnlichkeit haben, dennoch unter Art. 10. Es wird demnach, um einen Handelsmann unter die Nicht-Vollkaufleute zu zählen, lediglich vorausgesetzt, daß der Gewerbebetrieb seiner Natur nach ein solcher ist, für welchen die Vorschriften über Firmen, Prokuren und Buchführung nicht wohl passen, eine rein thatsächliche Frage, welche zu entscheiden dem richterlichen vernünftigen Ermessen überlassen ist[32]).

Demnach wird nicht ein jeder Landkrämer in das Handelsregister eingetragen, ebenso nicht jeder Spezereiwaaren- oder Cigarrenhändler, (Priechler u. dgl.), wenn auch diese nicht ausdrücklich im Gesetze genannt sind.

Man hat zwar versucht, diese Ansicht auf Grund der Berathung und der verschiedenen Abstimmungen als irrig zu bezeichnen[33]), allein mit Unrecht. Die Protokolle (S. 1261 und 1262) zeigen, daß nicht etwa das richterliche Ermessen als maßgebend ausgeschlossen werden sollte, sondern daß nur die allzugroße Unsicherheit zu beseitigen und die Möglichkeit abzuschneiden beabsichtigt war, daß zu viel Gewicht auf das rein faktische und zufällige Moment der Ausdehnung des Geschäftsbetriebes gelegt, daß somit nicht etwa Jemand trotz der großartigsten Anlagen seines Geschäftes als

---

[28]) Ein Erkenntniß in Posset Sammlung gerichtl. Entscheid. Bd. I S. 391.

[29]) Pfenferei von Pfennig herstammend, Läden, in welchen ganz geringe „Pfennigwaaren" verkauft werden.

[30]) Alle Viehhändler unter Art. 10 zu reihen, wie z. B. Noak in Busch's Archiv Bd. II S. 20 thut, ist unmöglich.

[31]) Wie in dem citirten Aufsatze Noak's vertheidigt wird.

[32]) In dieser Weise hat auch das Kgl. Sächsische Justizministerium seine Direktiven ertheilt, vgl. Busch Archiv Bd. I S. 527 und 528, Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 556.

[33]) Vgl. z. B. Goldschmidt a. a. O.

Vollkaufmann deshalb nicht angesehen werde, weil er momentan keine Kundschaft habe. Die Ablehnung (Prot. S. 1281) des Antrages, die Kleinkrämer speziell zu nennen, deren Gründe nicht bekannt sind, kann gleichfalls nicht entscheiden. Dagegen ist als bei der Abstimmung maßgebendes Prinzip offenbar anzusehen, daß alle Geschäfte, welche ihrer Natur nach in der Regel nur mit einer geringen Ausdehnung betrieben werden, zu denjenigen nicht zählen sollen, deren Betrieb den Kaufmann zum Vollkaufmanne macht.

7) Wirthe.

Der Wirth treibt sein Gewerbe in der Art, daß er entweder den Gästen Kost, Bedienung und Wohnung gibt (Gastwirthe) oder nur letzteres allein (hôtel garni) oder nur ersteres allein (Schenkwirthe, Kafetiers, Restaurateure, Traiteurs). Insoferne also Lebensmittel, Fleisch, Gemüse, Mehl u. s. w., Kaffee, Bier, Wein, Liqueure u. s. w. angeschafft und in verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustande weiter veräußert werden, erscheint der Wirth als Kaufmann [34]).

Bei den Berathungen des Art. 10 war beantragt worden, die „Wirthe", von anderer Seite die „Gastwirthe", von dritter die „Schenkwirthe" unter den Ausnahmen zu nennen [35]); letzteres erhielt anfänglich in zweiter Lesung die Mehrheit [36]), später aber [37]) wurde der allgemeine Ausdruck Wirthe substituirt und dabei verblieb es, ohngeachtet noch in dritter Lesung [38]) sowohl der Abstrich des „Wirthes", wie die Limitirung in „Schenkwirthe" wiederholt beantragt wurde.

Es sind demnach alle Wirthe, auch die großen Gasthofbesitzer [39]), als Vollkaufleute nicht zu erachten; es wäre denn, daß sie aus anderen Gründen zu denselben gehörten. Ein Brauer, welcher sein Geschäft im Großen betreibt, aber zugleich eine Taverne hat, ein Weinhändler, welcher auch im Detail in einer Weinstube ausschenkt, fällt unter den Begriff des Vollkauf-

---

[34]) Insoweit sie nur Zimmer vermiethen und Bedienung gewähren, sind die Wirthe ohnehin keine Kaufleute. Vgl. Sammlung handelsger. Entscheidgn. Bd. I S. 109, 471, und Busch Archiv Bd. I S. 221.

[35]) Prot. S. 1261.

[36]) Prot. S. 1262.

[37]) Prot. S. 1281.

[38]) Prot. S. 4509.

[39]) Die Berliner Gerichte haben übereinstimmend einen Gasthofbesitzer, der an Aktienbier für 18,000 Thaler jährlich umsetzte, unter Art. 10 subsumirt, siehe Busch Archiv Bd. VI S. 16.

mannes[40]); wenn aber, wie dieß regelmäßig der Fall ist, z. B. ein Weinwirth auch Wein in Flaschen über die Straße abgibt, oder ein Austernkellerbesitzer auf Verlangen einige Dutzend Austern in die Wohnung schickt, so wird er dadurch noch nicht verpflichtet, sich in das Register eintragen zu lassen. Denn hierin liegt kein eigentlicher Handel, sondern nur die Ausübung der Wirthschaft.

8) Gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer.

Diese Begriffsbestimmung ist mit der in Art. 272 Abs. 3 gegebenen zusammenzuhalten; in der letzteren (theilweise auch in Art. 271 N. 4) ist die Thätigkeit der Fuhrleute und Schiffer als Vollzug von Handelsgeschäften erklärt; der Frachtführer (per Achse oder zu Wasser) ist daher Kaufmann (vgl. Art. 4). In der ersten Lesung[41]) war nun entsprechend der Bestimmung, daß die kaufmännische Eigenschaft durch den Betrieb des Personentransportes nicht erworben werde, auch der gewöhnliche Frachtfuhrmann als Nichtkaufmann bezeichnet worden. Dieses System machte in zweiter Lesung dem jetzigen Platz, wonach jeder Frachtführer Kaufmann, die gewöhnlichen Fuhrleute und Schiffer aber nicht Vollkaufleute sind.

Unter „gewöhnlichem Fuhrmann" ist nicht der sogenannte Fuhrknecht zu verstehen; dieser ist kein Kaufmann, sondern nur Bediensteter eines solchen; ebenso ist unter „gewöhnlichem Schiffer" nicht der im Buch V Titel III des Gesetzbuches mit dem technischen Namen „Schiffer" bezeichnete Führer eines Schiffes für fremde Rechnung (Schiffskapitän)[42]) oder der Schifferknecht begriffen; sondern in beiden Fällen sind diejenigen Frachtführer gemeint, deren Gewerbe entweder ein geringes, handwerksmäßig betriebenes oder wenigstens ein solches ist, welches man im gewöhnlichen Leben nicht als Transportanstalt ansieht. Dadurch, daß der Fuhrmann oder Schiffer die Transporte selbst besorgt, wird er sich regelmäßig als „gewöhnlicher" Fuhrmann oder Schiffer charakterisiren; entgegengesetzten Falles aber ist er nicht an und für sich Vollkaufmann, vielmehr wird es hiebei auf nähere Erwägung aller Umstände anzukommen haben[43]).

---

[40]) Hahn S. 29 Note 1.

[41]) Prot. S. 534.

[42]) Prot. S. 535. Betreibt der Schiffskapitän das Geschäft auf eigene Rechnung, so ist er zugleich Rheder und daher Kaufmann.

[43]) Prot. S. 1276.

9) **Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerkes hinausgeht.**

Der Handwerker im eigentlichen Sinne ist nicht Kaufmann; wer ohne fabrikmäßigen Betrieb lediglich mit seiner Hände Arbeit bewegliche Sachen für Andere bearbeitet oder verarbeitet, vollzieht nach Art. 272 Nr. 1 keine Handelsgeschäfte. Das reine Handwerk ist aber im modernen Verkehre in vielen Zweigen fast gänzlich verschwunden; fast jeder Handwerker treibt zugleich Handel, er läßt sich seine Arbeit nicht nur abmiethen, sondern er veräußert die durch seine Arbeit veränderten Objekte; indem er den Werth der angeschafften Sachen durch seine Geschicklichkeit über den Ankaufspreis erhöht, spekulirt er. Er ist also Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, denn er schafft Material, also bewegliche Sachen an, um solche seinerzeit in verändertem Zustande weiter zu veräußern [44]), er betreibt die in Art. 271 Ziff. 1 aufgeführten Handelsgeschäfte, und zwar gewerbemäßig.

In neuerer Zeit hat man nun versucht, dem Ausdrucke „weiter zu veräußern" in Art. 271 Ziff. 1 einen eingeschränkteren Sinn beizulegen, und denselben als identisch mit „Handelsgeschäfte zu vollziehen" zu erklären, so daß nur jene Anschaffung ein Handelsgeschäft sein soll, deren Objekt durch ein Handelsgeschäft weiter zu veräußern beabsichtigt wird. Da nun in Artikel 273 Absatz 3 die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommen werden, keine Handelsgeschäfte sind, so wäre, von jener Auslegung ausgehend, auch die Anschaffung des Materiales seitens der Handwerker kein Handelsgeschäft und somit würden auch die handeltreibenden Handwerker keine Kaufleute sein.

Diese Ansicht wird vertreten von den Sächsischen Gerichten [45]), von Ladenburg im Archiv v. Busch (Bd. III S. 413) und Noak ebendaselbst (Bd. VIII S. 373); ferner, jedoch in etwas modifizirter Weise, von Voigtel (Busch Archiv Bd. I S. 471).

Allein die Auslegung des Art. 271 Ziff. 1, wie sie eben dargelegt wurde, findet in dem Gesetze und in der Geschichte seiner Entstehung kei-

---

[44]) So der Bäcker das Mehl, der Kürschner die Pelze, der Schäffler oder Büttner das Holz, der Gerber die Häute, der Metzger die Thiere, vgl. die Sammlung handelsg. Entscheid. Bd. I 394, 393, 474; Bd. II S. 88.

[45]) Vgl. Allgemeine sächsische Gerichtszeitung v. 1862 S. 277 u. Annalen des Dresdner OAG. Bd. VIII S. 481 (eine Ausnahme macht das App.-Ger. zu Leipzig vgl. Busch Archiv Bd. I S. 220). Ebenso zwei Preußische Erkenntnisse in Busch Archiv Bd. IX S. 134 u. 463.

nen Anhaltspunkt [46]); die weitere Begründung aber, welche sich darauf stützt, daß die Anschaffungen der Handwerker nicht gewerbemäßig geschehen, weil deren Gewerbe lediglich in der Handarbeit und der Veräußerung ihrer Produkte bestehe, beruht auf einer zu engen Auffassung des Wortes „gewerbemäßig" [47]). Bei demjenigen Handwerker, welcher nicht blos übergebenes Material bearbeitet, sondern mit seinen Produkten Handel treibt, besteht eben das Gewerbe in den drei Thätigkeiten des Anschaffens, Bearbeitens und Veräußerns; jede derselben ist zum Geschäftsbetriebe gleich nothwendig: und selbst in den kleineren Gewerben fällt gerade die erstere Thätigkeit regelmäßig dem Meister als Hauptaufgabe zu.

Daß übrigens das Gesetzbuch die handeltreibenden Handwerker als Kaufleute ansah, ergibt sich daraus, daß man es für nothwendig hielt, solche in Art. 10 aus der Klasse der Vollkaufleute auszuscheiden, was offenbar nicht nöthig gewesen wäre, wenn sie gar nicht Kaufleute sein würden [48]).

Es haben sich auch der Anschauung, daß alle Handwerker, welche selbstangeschafftes Material, sei es auf Bestellung, sei es auf Vorrath zum Zwecke der Veräußerung, verarbeiten, als Kaufleute anzusehen sind, die Wissenschaft und Praxis in ihrer überwiegenden Mehrheit angeschlossen.

Vgl. das Ausschreiben des k. bayerischen StM. der Justiz v. 15. Februar 1863 (Busch Archiv Bd. I S. 214 ffg.);

Erkenntniß des Rheinischen Appellhofes zu Cöln v. 29. Dezember 1864 (Busch Archiv Bd. V S. 241) [49]);

die Erkenntnisse des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes, welche oben (Note 44) citirt sind;

ferner

---

[46]) Die nähere Entwickelung bei Art. 271, woselbst auch erörtert ist, ob und wie weit das Anschaffen von Zuthaten Seitens des Handwerkers ein Handelsgeschäft ist.

[47]) Vgl. oben S. 35 fg.

[48]) Noak a. a. O. S. 383 will dieß durch den Hinweis auf die „Lohnkutscher" entkräften, welche zu den „gewöhnlichen Fuhrleuten" gehörten und doch keine Fuhrleute seien; allein es muß bestritten werden, daß ein Lohnkutscher zu den gewöhnlichen Fuhrleuten gehöre, unter diesen versteht das Gesetz und das gewöhnliche Leben regelmäßig nur die Frachtfuhrleute.

[49]) Vorsitzender Geh. Oberjustizrath Dr. Heimsoeth, Abgeordneter der Preußischen Regierung und Referent bei den Nürnberger Konferenzen.

Auerbach, Handelsgesetzbuch S. 38 [50]).

Endemann, Handelsrecht §. 5 Note 17, 18 und 37; dann §. 14 Note 37.

Gad, Handelsrecht S. 16.

Goldschmidt, Handbuch S. 396 ff.

v. Hahn, Commentar Bd. I S. 30.

Wächter, Handelsrecht S. 13.

Dagegen ist der Handwerker nicht Vollkaufmann, so lange er sich innerhalb der Grenzen seines Handwerkes bewegt; eine Frage, welche nach den thatsächlichen Momenten des Falles zu entscheiden kommt.

Ein Anhaltspunkt wird dabei in der Benennung und in der Art des Handels gefunden werden.

Derjenige, welcher in einem Laden Stiefel und Schuhe verkauft, dabei aber als Schuhmachermeister auf dem Ladenschilde steht, wird als unter den Art. 10 fallend, anzusehen sein [51]); wenn aber das Geschäft sich als „Schuhfabrik" äußerlich ankündigt, wird man darauf schließen dürfen, daß hier kein bloßes Handwerk vorliegt.

Ferner wird von Gewicht sein, welche Waaren Objekt des Handels sind.

An sich kann der Handwerker, wenn er „Handwerker" bleiben will, nur eigenes Fabrikat verkaufen; wer gearbeitete Sachen anschafft und weiter veräußert, handelt in dieser Weise nicht als Handwerker. Doch hat auch hier der moderne Verkehr eine Modifikation hervorgerufen. Wenn ein Buchbindermeister in seinem Laden Kalender, Mappen, Schreibpapier, Bilderbogen, Federn, Stifte u. s. w. zum Verkaufen aufliegen hat, bleibt er nach gegenwärtig üblichen Begriffen doch noch ein Buchbinder und wird nicht zum Schreibmaterialienhändler. Wenn er dagegen Gegenstände auf Lager hält, welche mit seinem Handwerke in gar keinem Zusammenhange mehr stehen, z. B. Glaswaaren [52]), so ist er nicht blos Buchbinder, sondern Glashändler, und daher regelmäßig Vollkaufmann. Doch wird in beiden Richtungen eine Limitation noth-

---

[50]) Auch im Archiv f. WR. Bd. XI S. 72.

[51]) Es kann dabei immerhin dem Umfange nach ein ganz bedeutendes Ladengeschäft sein.

[52]) Beispiel von Goldschmidt S. 399.

wendig [53]). Wenn die fremden Arbeiten die eigenen beträchtlich übersteigen, so wird der Handwerker dem Art. 10 nicht mehr unterworfen sein [54]); wenn Jemand ein Schuhwaarenlager von vielen Tausenden hält, für welches etwa die Schuhmacher der ganzen Gegend Hausarbeit liefern, so bleibt der Inhaber Vollkaufmann, wenn auch in seiner eigenen Werkstätte einige hundert Schuhe und Stiefel jährlich gemacht werden. Anderseits wird der Handwerker nicht zum Vollkaufmanne, wenn die beigelegten fremdartigen Waaren unbedeutend sind oder in den Kreis der Hökerei und des Trödelgeschäftes fallen. Der Schneider, welcher in seinem Laden außer den fertigen Kleidern etwa auch Modebilder oder dergl. verkauft, ist kein Vollkaufmann; ebensowenig der Instrumentenmacher, der in seinem Laden neben den Zithern, Guitarren u. s. w. Cigarren verkauft. Bei der freien Gewerbeordnung wird gerade der kleine Handwerksmann, um seinen Laden und die für das Ladengeschäft doch nöthige Thätigkeit auszunützen, sich den einen oder anderen Artikel beilegen und es würde offenbar gegen die Absicht des Art. 10 verstoßen, diese kleinen Leute deshalb unter denselben nicht mehr zu subsumiren.

10) Keine Anwendung.

Es fragt sich, wie es in denjenigen Fällen zu halten ist, in welchen ein Handeltreibender nach seiner einen Thätigkeit zu den im Art. 10 genannten Kategorien gehört, während er im Uebrigen als ein sog. Vollkaufmann erscheint, und umgekehrt. Vor Allem muß festgehalten werden, daß der Artikel 10 die Personen und nicht das Gewerbe im Auge hat, indem er sich des Ausdruckes „Handelsleute" u. s. w. bedient [55]).

Wie nun aber der Gutsbesitzer, welcher zugleich ein Bankiergeschäft besitzt und ausübt, seiner ganzen Person nach ein Kaufmann ist, und als solcher vom Gesetze behandelt wird, so bleibt der Wirth, gewöhnliche Fuhrmann, gewöhnliche Schiffer und Handwerker [56]) eben kein Wirth, kein gewöhnlicher Fuhrmann oder Schiffer, kein Handwerker mehr, wenn er neben der „Wirthschaft" z. B. eine Weinhandlung ausübt, wenn er zwar selbst einen Frachtwagen führen sollte, aber dabei ein großes Speditionsgeschäft

---

[53]) Anderer Meinung Goldschmidt a. a. O.

[54]) In ähnlicher Weise entschieden von dem Braunschweiger Handelsgerichte bei Busch Archiv Bd. VIII S. 210.

[55]) Es hätte sonst heißen müssen: „finden auf das Gewerbe der Höker u. s. w. keine Anwendung."

[56]) Bei dem Höker, Hausirer und Trödler kommt ein solches Doppelverhältniß ohnehin nicht vor.

treibt, wenn er z. B. ein gelernter Schneider oder Schuhmacher ist, und Gesellen hält, aber eine Tuch- oder Lederhandlung besitzt. Indem er durch diese Art des kaufmännischen Gewerbebetriebes aus dem Art. 10 heraustritt, überkommt er alle Rechte und Pflichten eines Vollkaufmannes. Daraus folgt jedoch nicht, daß er diese nun auch hinsichtlich des geringeren Gewerbsbetriebes erlangt[57]. Der Wirth, welcher zugleich eine Weinhandlung ausübt, kann zwar für die Weinhandlung, nicht aber für sein Wirthsgewerbe einen Prokuristen bestellen; der Schneider, welcher zugleich eine Tuchhandlung führt, muß zwar über letztere, nicht aber über sein Schneidergewerbe, Buch führen; der Schuhmacher, welcher zugleich mit amerikanischem Leder handelt, hat als Lederhändler, nicht aber als Schuhmacher, eine Firma[58].

10) Gelten nicht als Handelsgesellschaften.

Eine Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben. Wo also keine Firma vorhanden ist, kann auch keine Handelsgesellschaft bestehen[59]; da nun Höker, Trödler, Hausirer und dergleichen geringere Handelsleute, Wirthe, Schiffer, Fuhrleute und gewöhnliche Handwerker eine Firma nicht besitzen, so können sie sich zu einer offenen Handelsgesellschaft nicht vereinigen. Noch weniger ist das Institut der Kommandit- oder Aktiengesellschaft auf derartigen Handelsbetrieb passend. Natürlich ist es faktisch nicht ausgeschlossen, daß eines der genannten Geschäfte von Mehreren gemeinsam betrieben wird; in einem solchen Falle besteht nun, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach, allerdings eine Gesellschaft, aber diese ist vom Gesetze nicht als Handelsgesellschaft anerkannt[60]. Vielmehr sieht das Gesetz darin nur eine Vereinigung zu einer Reihe von Handelsgeschäften, und derartige Gesellschaften sind daher nach den Bestimmungen des Buch III Titel 2 zu behandeln[61].

---

[57]) Anderer Meinung ist Goldschmidt S. 394.

[58]) Gewiß wird er nicht berechtigt sein, einem Anderen auf Grund des Art. 22 zu gestatten, sein Schuhmacher-Gewerbsetablissement unter dem bisherigen Familiennamen fortzuführen.

[59]) Vgl. Motive zum desfallsigen Antrage in den Prot. S. 1265.

[60]) Schon deshalb kann auf solche Gesellschaften nicht das frühere Partikularrecht über Handelsgesellschaften angewendet werden. Vgl. v. Hahn S. 26 §. 6.

[61]) Auch der Fall einer stillen Gesellschaft ist, wie v. Hahn bemerkt, nicht ausgeschlossen; desgleichen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß schon nach Artikel 280 aus den gemeinsam abgeschlossenen Handelsgeschäften die Ein-

Uebrigens wird nicht selten aus dem Zusammentritte mehrerer an und für sich unter die Klasse des Art. 10 fallenden Handelsleute zu einem gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebe rückwärts geschlossen werden können, daß dieser Geschäftsbetrieb eben kein geringfügiger ist, und werden solche Gesellschaften zur Annahme einer Firma so wie zur Erfüllung der im Gesetze den Vollkaufleuten auferlegten Pflichten angehalten werden können [62]).

Sollten sich Aktiengesellschaften zum Betriebe der mehrerwähnten Arten des Handels bilden wollen, so bietet das Erforderniß der staatlichen Genehmigung ohnehin das Mittel, einem Mißbrauche vorzubeugen. Ertheilt aber der Staat seine Genehmigung, so hat er damit faktisch von der Befugniß Gebrauch gemacht, welche der Art. 10 Abs. 4 ihm einräumt; er hat den betreffenden Gewerbetrieb als einen nicht zu den geringfügigen zählenden erklärt und damit sind die Bestimmungen des a.d. HGB. für solche Gesellschaften maßgebend.

Es ist demnach gesetzlich nicht verboten, eine Aktiengesellschaft z. B. zum Betriebe eines Trödelgeschäftes zu errichten [63]); allein da die von der Gesellschaft betriebenen Geschäfte Handelsgeschäfte sind, und sobald eine Aktiengesellschaft auftritt, von einem unter persönlichem Namen handelnden physischen Rechtssubjekte nicht mehr die Rede sein kann, sondern eine Firma gewählt werden muß, so ergibt sich aus dem Begriffe des Artikels 207, daß eine solche Aktiengesellschaft immerhin eine Handels-Aktiengesellschaft sein müsse [64]).

12) Bleibt vorbehalten.

Die älteren Gesetze der einzelnen deutschen Länder, in Bayern die ver-

---

zelnen solidarisch verpflichtet sind, auch wenn dieselben zu den in Art. 10 genannten Personen gehören.

[62]) Hiegegen läßt sich nicht anführen, daß ein Antrag auf Streichung des ganzen Satzes (Prot. S. 1282) abgelehnt wurde; denn die als Motiv dieses Antrages aufgestellte Ansicht, „es sei in jedem einzelnen Falle Thatfrage, ob eine vorliegende Geschäftsverbindung als Handelsgesellschaft erachtet werden könne, oder nicht", war nicht in der im Texte gegebenen Weise gemeint, sondern dahin verstanden, daß es darauf ankomme, „ob der von mehreren ausgeübte Geschäftsbetrieb einen Einzelnen, wenn er den Betrieb in gleicher Weise vornehmen würde, zum Kaufmanne mache oder nicht."

[63]) Wie Einige meinen, z. B. Weinhagen, das Pr.-Handelsrecht S. 62.

[64]) Goldschmidt S. 386 u. Renaud Aktiengesellschaften S. 163 verneinen dieß.

schiedenen Partikularrechte, stellen andere, von dem im Art. 4 des Handelsgesetzbuches wesentlich abweichende Begriffe des „Kaufmannes" auf. Diese landesgesetzlichen Bestimmungen sind nicht vorbehalten, und der Landesgesetzgebung auch nicht etwa das Recht eingeräumt, dieselben dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche gegenüber beizubehalten. Dagegen ist den lokalen Verhältnissen und etwaigen Bedürfnissen des Verkehres dadurch Rechnung getragen, daß die Landesgesetzgebung mit Bezug auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuches und im Anschlusse an das von demselben befolgte System diejenigen besonderen Verfügungen treffen kann, welche der Zustand der partikulären Verhältnisse erfordert. Hiebei ist allerdings vorauszusetzen, daß nicht ein jeder Wunsch Einzelner als Bedürfniß angesehen und die Rechtseinheit dadurch gestört werde.

13) Die bezeichneten Bestimmungen.

Man hatte im Laufe der Berathungen des Gesetzbuches vielfach versucht, der Landesgesetzgebung das Recht einzuräumen, den Begriff des Kaufmannes überhaupt nach Belieben einzuschränken oder auszudehnen [65]). Allein mit Grund wurde hiegegen eingewendet, es sei Niemandem zuzumuthen, die einzelnen Territorialgesetze zu studiren, um daraus über die Frage klar zu werden, ob eine Handel treibende Person auch wirklich ein Kaufmann sei und welche Rechte und Pflichten daher aus seinen Geschäften für den anderen Kontrahenten erwachsen.

Die Landesgesetzgebung hat in Folge dieser Erwägungen nur die Befugniß, noch andere Handelsleute als die im ersten Absatze des Art. 10 genannten von der Pflicht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen und Bücher zu führen, zu befreien, und ihnen das Recht, sich einer Firma zu bedienen oder Prokuristen zu ernennen, zu entziehen; oder aber diese Pflichten und Rechte allen oder einzelnen jener geringen Handelsleute zu gewähren. Dagegen kann die Landesgesetzgebung Niemanden, der nicht gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, zum Kaufmanne erklären, und Niemandem, der gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, die Eigenschaft eines Kaufmannes entziehen; sie kann nicht Kaufleute, sondern nur Vollkaufleute schaffen und abschaffen.

---

[65]) Anträge siehe z. B. Prot. S. 414 Art. 8, S. 514, 528, 532, 1269, 1273, 1427. Noch zur dritten Lesung hatten Kurhessen und Baden desfallsige Monita erhoben.

14) Ihres Staatsgebietes.

Die Landesgesetzgebung kann dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche gegenüber sich über die Landesgrenzen hinaus nicht erstrecken. Wenn das Partikularrecht daher gewisse Kaufleute aus der Reihe der Vollkaufleute streichen will, so kann solches nur hinsichtlich der Kaufleute des eigenen Landes geschehen. Die österreichische Bestimmung z. B., daß ein Schnittwaarenhändler, der nicht 20 fl. Gewerbesteuer bezahlt, zu den in Art. 10 Abs. 1 genannten geringen Handelsleuten gehöre, gilt nur für Oesterreich; wenn ein bayerischer Schnittwaarenhändler, welcher diese Steuer nicht bezahlt, einen Prokuristen bestellt und dieser mit einem Oesterreicher kontrahirt hat, so kann sich der Bayer nicht mit der Einrede vertheidigen, daß er nach österreichischem Rechte eine Prokura nicht ertheilen könne. Wenn die Lübecker Einwohner A und B, welche zu der dortigen Kaufmannschaft nicht gehören und deren gemeinschaftliches Cigarrengeschäft daher dort zu den Handelsgesellschaften nicht gerechnet wird, in München eine Zweigniederlassung errichten, so müssen sie sich in das Gesellschaftsregister eintragen lassen, und sind, obgleich in Lübeck dieses nicht der Fall, in München auch in dieser Hinsicht den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches unterworfen.

Andererseits kann den Landesgesetzgebungen auch das Recht nicht abgesprochen werden, die Rechte und Verpflichtungen ihrer Landesunterthanen vollständig zu normiren; es heißt daher nicht „im Staatsgebiete“ [66]), sondern „des Staatsgebietes“. Wenn also ein Sachsen-Coburgischer Hausirer (auf Grund eines von seiner Verwaltungsbehörde ausgestellten Zeugnisses erheblichen Gewerbebetriebes) in dem Handelsregister zu Coburg eingetragen ist, so muß er auch von den bayerischen Gerichten als Vollkaufmann behandelt werden.

Was insbesondere die Beweiskraft der Bücher anlangt, so ergeben die obigen Grundsätze [67]), daß die Gesetze des Domiziles entscheiden; die Bücher eines in seiner Heimath als Vollkaufmann geltenden Kaufmannes müssen des Vorrechtes der Handelsbücher nach Art. 34 ff. auch vor den Gerichten jener Länder genießen, nach deren Gesetzen ihnen dieses Vorrecht nicht zukäme, und umgekehrt.

Selbstverständlich aber kann diese Divergenz auf das nach Art. 34 Abs. 2 vorbehaltene richterliche Ermessen von Einfluß sein.

---

[66]) Wie im Kommentare v. Hahn, der übrigens die richtige Ansicht vertheidigt, S. 32 gedruckt ist. Vgl. auch Goldschmidt S. 400 Note 47.

[67]) Wie die Protokolle S. 1281 ersehen lassen, war dieser Punkt die Veranlassung des Beisatzes jener Worte.

15) Anwendung finden sollen.

Bayern hat von keiner dieser Befugnisse ausdrücklich Gebrauch gemacht [68]), es vielmehr bei den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches einfach belassen. Ebenso Preußen, doch ist hier im Verwaltungswege, in der Instruktion für die Führung der Handelsregister vom 12. Dez. 1861 auf die Gewerbesteuerverhältnisse als eine in der Regel zu beachtende thatsächliche Unterlage zur Beurtheilung der Frage, ob ein Gewerbetreibender als Vollkaufmann einzutragen sei, hingewiesen.

Im Hinblicke auf die bei Art. 4 gegebenen Erörterungen, wonach auch eine Reihe von staatlichen Instituten als kaufmännische und im Allgemeinen als den Rechten und Pflichten der Kaufleute unterworfen zu erklären sind, ergibt sich jedoch die Frage, ob nicht dieselben wenigstens von den Pflichten der Eintragung in das Handelsregister und der Führung kaufmännischer Bücher befreit, ferner, ob nicht hinsichtlich ihrer Beamten und Bediensteten die Bestimmungen über Prokura unanwendbar seien. Diese Frage ist zu bejahen; denn indem diese Institute regelmäßig, sowohl was ihre innere Leitung und die Zusammensetzung der mit dieser betrauten Behörde betrifft, als auch in Betreff ihres besonderen Rechnungswesens, ihrer Buchführung und ihrer ganzen Geschäftsführung durch besondere von der Staatsregierung ausgehende Gesetze und Verordnungen regulirt sind, so muß angenommen werden, daß eben durch die Erlassung und Aufrechthaltung dieser Anordnungen von dem in Art. 10 Abs. 3 gestatteten Vorbehalte Gebrauch gemacht worden ist.

Wenn daher auch die Post, die Staatseisenbahnen u. s. w. als kaufmännische Institute anzusehen sind, so folgt doch hieraus nicht schon von selbst, daß auch die Anmeldung zum Handelsregister und die im HGB. vorgeschriebene Art der Buchführung von ihnen verlangt werden können.

---

[68]) Oesterreich (Einf.-Ges. §. 7) macht die Eigenschaft des Vollkaufmannes von der Entrichtung einer gewissen Steuer abhängig; über die Thüringischen Staaten siehe Goldschmidt S. 401.

Art. 11.

Durch die Landesgesetze, welche in gewerbepolizeilicher oder gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, wird die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzbuches nicht ausgeschlossen; ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt.

I. E. Art. 2 Abs. 2. II. E. Art. 10. Prot. S. 536, 1263, 1282, 4629.

Der vorstehende Artikel hat eine doppelte Richtung; er erklärt das Handelsgesetzbuch unabhängig von der Administrativgesetzgebung, er sichert aber auch der letzteren ihre ungeschmälerte Wirksamkeit.

An und für sich wäre es klar, daß die civilrechtliche Seite des gewerbemäßigen Handelsbetriebes ohne Rückwirkung auf die polizeilichen und finanziellen Vorschriften geregelt wird, daß jede dieser Normen in in ihrem Kreise selbständig besteht, und deshalb hatte auch der Preußische Entwurf diese Frage mit Stillschweigen übergangen. Allein es läßt sich nicht verkennen, daß die anscheinende Allgemeinheit der Definition „Kaufmann ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt", die Meinung zu erwecken geeignet ist, als erschöpfe diese gesetzliche Bestimmung alle Vorbedingungen des kaufmännischen Auftretens, als könne sich Jedermann dadurch, daß er eben gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, überall als Kaufmann etabliren. Dieses ist aber nicht die Absicht des Handelsgesetzbuches, und es wurde deshalb, wie schon zu Art. 4 erwähnt, der Beisatz gemacht „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches u. s. w." Hiemit schien jedoch der Handelskonferenz die Frage noch nicht genügend entschieden, daß es der einzelnen Landesgesetzgebung immerhin überlassen sei, die Befugniß, als Kaufmann aufzutreten und öffentlich Handel zu treiben, an die Erfüllung polizeilicher und finanzieller Bedingungen zu knüpfen. Es beantragte deshalb die Redaktionskommission (Pr. S. 535) ausdrücklich, auszusprechen, daß die Landesgesetzgebung die Eigenschaft des Kaufmannes von der Erfüllung gewerbepolizeilicher Vorschriften abhängig machen könne; um jedoch zu verhüten, daß dieser Satz dahin aufgefaßt werde, als erscheine die Erlassung solcher gewerbepolizeilicher Bestimmungen wünschenswerth, wurde dieser Vorbehalt nicht angenommen, jedoch dem Art. 2 des Entwurfes I. Lesung folgender Zusatz gemacht:

Die etwaigen gewerbepolizeilichen Erfordernisse, welche die Landes-

gesetze zur Begründung der Eigenschaft als Kaufmann aufstellen, werden durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt.

Bei der zweiten Lesung wurde hiebei, in der Erwägung, „daß durch die Steuergesetze in mehreren Ländern ein besonderer für die Steuerfrage geltender Begriff vom Kaufmann (nach dem Steuerquantum u. dgl.) festgesetzt sei" (Prot. S. 1282) und mit dem Bemerken, „daß durch diese Aufnahme nicht etwa ungeeignete Konklusionen e contrario bezüglich anderer Gesetze, wie z. B. der Strafgesetze, veranlaßt werden sollten"[1]), der Vorbehalt der gewerbsteuerlichen Gesetze eingeschaltet.

Es unterliegt demgemäß keinem Zweifel, daß es der Landesgesetzgebung ohngeachtet der Bestimmungen des a. d. HGB. zusteht, zu bestimmen, Niemand dürfe sich als Kaufmann etabliren, Niemand sei befugt, gewerbemäßig Handel zu treiben, wenn er nicht zuvor eine polizeiliche Konzession erwirkt, ein Patent gelöst, eine Prüfung bestanden habe[2]), desgleichen wenn er nicht die vorgeschriebene Steuer bezahle; es kann auch verordnet werden, daß eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften mit Strafe geahndet werde. Dieses ist die eine Seite des Art. 11 und wird durch den Schlußsatz „ebenso werden jene Gesetze durch dieses Gesetzbuch nicht berührt," getroffen.

Nach der anderen Seite richtet sich dagegen der Eingang des Artikels; die Anwendung der Bestimmungen des HGB. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die von den Landesgesetzen in gewerbepolizeilicher oder gewerbsteuerlicher Beziehung zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmannes oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufgestellten Erfordernisse nicht erfüllt sind. Wenn eine Wittwe das Handelsetablissement ihres verstorbenen Ehemannes fortbetreibt, ohne hiezu die erforderliche polizeiliche Konzession erhalten zu haben, so kann sie sich auf das Senatusconsultum Vellejanum dennoch nicht berufen. Wenn in einem Lande gesetzlich bestimmt ist, nur wer eine Gewerbesteuer von jährlich mindestens 50 fl. entrichte, sei als börsenfähig und zum Kaufmannsstande gehörig anzusehen, so ist derjenige, welcher eine geringere Steuer bezahlt, dennoch berechtigt, in seinen Handelsgeschäften mit einem anderen Kaufmanne Zinsen vom Tage der Fälligkeit

---

[1]) Vgl. über die bayerischen Strafgesetze Lutz, Kommentar zum Einf.-Ges. S. 44. Stenglein, Kommentar zum StGB. Bd. II S. 491.

[2]) Es läßt sich aber mit Auerbach S. 44 nicht verkennen, daß mit den Anordnungen des Handelsgesetzbuches ein strenger Zunftzwang sich nicht mehr vereinigen läßt, und daß die Beseitigung der staatlichen Bevormundung, welche sich in allen Artikeln des Gesetzbuches erkennen läßt, auch ein erheblicher Schritt zur Anbahnung einer freieren Gewerbepolizei gewesen ist.

seiner Forderung an zu fordern. Wenn A und B, von denen keiner die in einer Gewerbeordnung vorgeschriebene kaufmännische Lehre durchgemacht und die gesetzliche Prüfung bestanden hat, unter der Firma A et Cpie gemeinsam eine Ultramarinfabrik etabliren, so haften sie für alle Schulden des Geschäftes solidarisch; denn auch das Bestehen einer Handelsgesellschaft ist von der polizeilichen Befähigung ihrer Theilhaber oder der Erfüllung der Steuervorschriften zur Erlangung der Kaufmannschaft unabhängig[3]).

Wenn nun im Allgemeinen die so eben beispielsweise aufgeführten Anwendungen des Gesetzes keinem Bedenken unterliegen, sondern sich schon aus der Fassung der II. Lesung in Verbindung mit dem jetzigen Art. 276 hätten ableiten lassen, so besteht doch eine Reihe von so zu sagen, äußeren, formellen Rechten, welche das Handelsgesetzbuch dem Kaufmanne beilegt, und von denen es allerdings zweifelhaft erscheinen konnte, ob diese von der Erfüllung der gewerbepolizeilichen Vorschriften abgetrennt werden sollten[4]). Insbesondere wurde hervorgehoben (Prot. S. 4630), daß es nicht angehe, einer Person die Eigenschaft eines Kaufmannes in allen Richtungen zuzusprechen, und so insbesondere seine Bücher für kaufmännische zu erklären, während die Gewerbegesetzgebung vielleicht aus den wohlmeinendsten Gründen gerade diese Anwendung ausgeschlossen wissen wollte. Allein die Mehrheit sprach sich durch Annahme der gegenwärtigen Fassung des Artikels für die unbedingte Geltung der civilrechtlichen Vorschriften gegenüber den administrativen Einschränkungen aus.

Sonach unterliegt die Beantwortung der wichtigen Frage keinem Zweifel, ob die Beweiskraft der Bücher eines Mannes, welcher gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, davon abhänge, daß er als Kaufmann in gewerbepolizeilicher und steuerpolizeilicher Hinsicht anzusehen sei. Es muß diese Frage verneint werden; sind die Bücher ordnungsmäßig geführt, so kommt

---

[3]) Das bayerische Einführungsgesetz ist noch einen Schritt weiter gegangen, indem es durch Art. 6 die Eigenschaft eines Kaufmannes im ganzen Gebiete des bürgerlichen und Prozeßrechtes lediglich nach dem Handelsgesetzbuche zu bestimmen vorschreibt. Vgl. Lutz, Kommentar zum Einf.-Ges. S. 42. Eine wichtige Anwendung dieses Grundsatzes in Bezug auf die Zulässigkeit der Personalhaft siehe Sammlung handelsg. Entscheidungen Bd. I S. 124.

[4]) Wie Goldschmidt S. 344 in der Note zeigt, war zwar schon im früheren Rechte die Gültigkeit der trotz des Handelsverbotes geschlossenen Geschäfte, so wie, daß sich an einen, wenn auch verbotwidrigen Geschäftsbetrieb dennoch alle kaufmännischen Verpflichtungen knüpfen müßten, ziemlich allgemein anerkannt; dagegen wurde hinsichtlich der kaufmännischen Rechte ziemlich allgemein das Gegentheil angenommen.

es bei Prüfung ihrer Beweiskraft darauf nicht mehr an, ob ihr Eigenthümer etwa kaufmännische Lehre und Prüfung bestanden hat; so wenig ein Buch, das regelwidrig geführt ist, dadurch an Beweisfähigkeit gewinnt, daß der Inhaber der Firma eine hohe Gewerbesteuer bezahlt, eben so wenig wird die Bedeutung der Bucheinträge dadurch geschwächt, daß der sie Führende eine polizeiliche Konzession zum Handelsbetriebe nicht besitzt.

Demohngeachtet aber wird man nicht allen und jeden Einfluß der polizeilichen und Steuervorschriften auf die Anwendung des Handelsgesetzbuches ausschließen dürfen; vielmehr muß derselbe sich in jener Thätigkeit der Handelsgerichte, welche in die polizeiliche Sphäre eingreift, nothwendigerweise zur Geltung bringen. Es ist offenbar ein Mißstand, wenn die Staatsthätigkeit als Justizhoheit und die Staatsthätigkeit als Polizeigewalt ohne einander zu beachten oder gar gegen einander handeln. Dem Gehorsame gegen die Gesetze, welche aus Gründen der Gewerbepolizei oder der Gewerbesteuer den Beginn oder die Fortsetzung eines kaufmännischen Betriebes von gewissen Bedingungen abhängig machen, ist auch durch das Handelsgesetzbuch Niemand enthoben [5]), und ebendeshalb kann das Handelsgericht etwaigen Ungehorsam nicht übersehen, noch weniger aber unterstützen. Dieses wäre aber offenbar der Fall, wenn die in Bezug auf Führung der Firma und deren Eintrag in das Handelsregister dem Handelsgerichte aufgetragene Oberaufsicht von der polizeilichen und Steuergesetzgebung vollständig Umgang nehmen würde.

Es muß vielmehr dem registerführenden Richter einerseits wie der Gewerbepolizeibehörde anderseits daran liegen, daß nur solche Personen gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreiben, welche alle Erfordernisse dieses Gewerbes erfüllen, und daß, wer dieses Gewerbe betreibt, auch als Kaufmann im Handelsregister eingetragen wird. Das Civilgesetz kann allerdings, ohne die Rechte Dritter, denen ein Verschulden nicht zur Last liegt, in Gefahr zu bringen [6]), die Gültigkeit der Geschäfte von dem Eintrage des Kontrahenten im Register ebensowenig abhängig machen, wie von der Erfüllung der Polizei- oder Steuervorschriften. Allein die Gewerbepolizeibehörde kann jeden konzessionirten Kaufmann zum Eintrage der Firma anhalten; die Steuerbehörde sollte bei Erhebung der Steuer darauf sehen, ob die Steuerpflichtigen auch ihre Pflicht zur Registeranmeldung erfüllt haben, und anderseits sollte, wenn eine Firma für das Handelsregister angemeldet wird, der Handelsrichter darauf

---

[5]) Gad S. 19.

[6]) Vgl. die Motive zu Art. 2 des Reichshandelsgesetzbuches bei Goldschmidt §. 44 Note 7 S. 344.

achten, daß ihm die polizeiliche Erlaubniß zur Ausübung des Handelsgewerbes und eventuell auch die richtige Steuerdeklaration vorgelegt werde.

Das a. d. HGB. hat nämlich nirgends den Kaufmann für berechtigt erklärt, seine Firma im Handelsregister eintragen zu lassen; man kann also nicht sagen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, kann ohne Rücksicht auf polizeiliche und finanzielle Vorschriften den Eintrag im Handelsregister verlangen. Die Anmeldung ist vielmehr als Pflicht erklärt und der Handelsrichter gehalten, die Erfüllung dieser Pflicht zu überwachen. Es ist deshalb zwar der Handelsrichter veranlaßt, wenn eine Person gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, ohne Rücksicht auf ihre polizeiliche Konzession, sie zur Anmeldung ihrer Firma anzuhalten; kann aber der Handeltreibende eine Firma wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf Gewerbepolizei oder Versteuerung nicht führen, so kann er natürlich eine solche auch nicht anmelden; der Handelsrichter darf eine derartige Kontravention gegen die staatliche Ordnung nicht unterstützen, er muß den Eintrag versagen und wenn die Geschäfte dennoch fortbetrieben werden, den Zuwiderhandelnden in die im Handelsgesetzbuche vorgesehenen Strafen verfällen [7]). Die Fortsetzung des polizeiwidrig begonnenen Handelsbetriebes zu untersagen, ist dagegen Sache der Polizeibehörde; das Handelsgericht straft nicht, weil die Person ohne Polizeierlaubniß Handel treibt, sondern weil sie ihre Firma nicht eintragen läßt oder weil sie die Hindernisse des Eintrages nicht beseitigt.

[7]) Die bayer. Verordnung vom 15. Februar 1862 (Zeitschr. f. GG. u. Rpfl. Bd. IX S. 1) besagt: „es wird in Folge der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches vorkommen, daß ein Gewerbsmann, dem vielleicht soeben von der Polizeibehörde der Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes untersagt wurde, doch vor den Gerichten als Kaufmann gilt.“ Allein dieses bezieht sich, wie die Verordnung hinzusetzt, nur auf die Frage der rechtlichen Wirkungen seiner Geschäfte, nicht auf den Registereintrag. Eine sächsische Ministerialentschließung vom 5. Juni 1863 (vgl. hierüber und den sie veranlassenden Fall Busch, Archiv Bd. I S. 483) spricht die im Texte gegebene Ansicht gleichfalls aus, und wird diese auch von Goldschmidt Handbuch S. 347 Note 7 getheilt. Vgl. auch Art. 527.

Zweiter Titel.

Von dem Handelsregister.

Brinkmann §. 16. Auerbach Absch. VIII. Thöl §. 19. Endemann §. 21.

I.

Das allgemeine Interesse erfordert es, gewissen Rechtshandlungen der Handeltreibenden eine besondere Offenkundigkeit zu geben[1]), so daß sie Niemandem ohne eigenes Verschulden verborgen bleiben können[2]). Auf die Gemeinkundigkeit stützt sich die Möglichkeit eines gesicherten Verkehres und gründet sich der Kredit des Einzelnen wie der Gesellschaften. Als solche Rechtshandlungen von besonderem Gewichte, an deren Kundwerden jedem Kaufmanne gelegen ist und gelegen sein muß, stellen sich vor Allem dar: die Etablirung eines Geschäftes und dessen Auflösung, damit also zugleich die Annahme, die Aenderung und das Erlöschen der bestimmten Firma, der Zusammentritt zu einer Gesellschaft, der Austritt aus einer solchen, überhaupt jeder Wechsel in dem Bestande der Eigenthümer und Inhaber des Etablissements.

Derartige Vorgänge wurden von jeher den Geschäftsfreunden, unter Umständen dem größeren Publikum durch Cirkulare oder auch durch Zeitungsannoncen u. dgl. bekannt gemacht.

Es konnte aber bei dem allgemeinen Interesse, welches solche Thatsachen für den Verkehr besitzen, nicht fehlen, daß auch die staatlichen Behörden sich in Kenntniß derselben zu erhalten bestrebt waren[3]) und als

---

[1]) Vgl. die Ausführungen von Busch in dessen Archiv Bd. I S. 161.

[2]) Motive zum Pr. E. S. 9.

[3]) Das Preußische L.R. Th. II Tit. 8 §. 505, 619 schrieb vor, daß in Orten,

die einfachste Form dieses Eingreifens der gerichtlichen oder polizeilichen Thätigkeit in das fragliche Gebiet erscheint die Anordnung, daß Beurkundungen der vorgenommenen Rechtsakte bei der Obrigkeit hinterlegt werden[4]). Selbstverständlich gewähren aber derartige Urkunden, soferne sie nur in einer chronologischen Ordnung gehalten werden, keine genügende Uebersicht und es bildete sich daher an verschiedenen Orten der Gebrauch, systematische Verzeichnisse in dieser Beziehung zu führen, sogenannte Matrikeln[5]), Firmenprotokolle, Handelsregister.

Dieselbe Einrichtung hat denn auch das a. d. HGB. angenommen[6]) und zum Gegenstande ausführlicher rechtspolizeilicher Regulirung gemacht; denn (wie die Motive zum Pr. E. S. 10 sagen) „es verdient diese Maßregel vor allen anderen den Vorzug; es wird in einem solchen Handelsregister in zweckmäßiger Weise ein Organ geschaffen, welches auf ähnliche Weise wie das Hypothekenbuch über den Rechtszustand der Grundstücke, über die Verhältnisse des Handelsstandes eines Bezirkes, soweit sie von allgemeinem Interesse sind, genauen Aufschluß gibt; da es Allen zugänglich ist und sein Inhalt überdieß in gewissen zum Voraus bestimmten Blättern veröffentlicht wird, so ist auch ohne Härte anzunehmen, daß Jeder bei einiger[7]) Aufmerksamkeit von dem Inhalte des Handelsregisters habe Kenntniß erhalten können."

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß die eigentliche Sicherheit für die kreditgebenden Geschäftsfreunde erst dann durch die gesetzliche Einrichtung der Handelsregister geschaffen wäre, wenn nicht blos, wie jetzt angeordnet ist, die persönlichen Verhältnisse des Kaufmannes und der Gesellschaft, sondern auch die Vermögensverhältnisse aus dem Register zu ersehen

---

an welchen keine Kaufmannsinnungen oder keine ordentlich eingerichteten Börsen befindlich seien, die Anzeige bei Gericht zu erfolgen habe.

[4]) Vgl. Code de commerce Art. 2. 42. 66. 70, welchem die neueren Gesetzbücher — Spanisches und Holländisches — und der Württembergische Entwurf eines HGB. nachgebildet sind.

[5]) Solche bestanden früher in Bayern nach §. 4 der Wechselordnung von 1785 und dem Generale vom 14. Juli 1801, ferner in Hamburg, Bremen, Frankfurt. Nach einer Bemerkung des Präsidenten v. Raule (Prot. S. 21) sind Handelsregister in Wien seit mehr als hundert Jahren eingeführt.

[6]) Im Seerechte hat das Gesetzbuch ein Schiffsregister eingeführt. Art. 432 ff.

[7]) In den Motiven steht „eigener", was jedoch keinen richtigen Sinn gibt und ein Druckfehler sein dürfte.

wären, wenn also die Handelsregister für den Personalkredit dieselbe Bedeutung haben würden, welche die Hypothekenbücher für den Realkredit besitzen. Daß eine derartige Einrichtung nicht unmöglich wäre, zeigen die verschiedenen in dieser Beziehung gemachten legislativen Versuche[8]), allein ob dieselbe einen wirklichen praktischen Nutzen haben würde, ist zweifelhaft. Bei der Berathung des a. d. Handelsgesetzbuches machte sich die Ansicht auf das Entschiedenste geltend[9]), daß eine Verbindlichkeit, Erklärungen über den Handlungsfonds in die Register eintragen zu lassen, nicht aufzustellen sei, weil solche Erklärungen doch kaum der Wahrheit gemäß erfolgen, somit entweder überhaupt werthlos sein oder doch häufig irre führen würden, aber auch wahre Angaben kaum auf wenige Monate Werth behielten und endlich durch eine Erklärungspflicht der respektable Mann, der sein Geschäft mit wenigen Mitteln beginne, behindert würde.

Die Führung des Handelsregisters ist gemischter Natur; es können dabei rechtliche, administrative und gewerbspolizeiliche Gesichtspunkte maßgebend sein. Mit Ausnahme des Spanischen Handelsgesetzbuches haben aber alle neueren Handelsgesetzbücher die Führung der Register nicht den Verwaltungsbehörden, sondern den Handelsgerichten übertragen und dieses System hat auch das a. d. HGB. adoptirt[10]).

II.

Die Frage, was in das Handelsregister einzutragen sei, ist anscheinend durch das Gesetz vollständig entschieden, allein nur allzuhäufig ergeben sich in der Praxis hierüber sehr große Schwierigkeiten. Es ist demnach unumgänglich ein Prinzip aufzusuchen, durch welches die einzelnen Entscheidungen mit Sicherheit gegeben werden können. Das Gesetzbuch selbst stellt ein solches nicht auf; dasselbe verordnet in Art. 12 lediglich, es seien in

---

[8]) Eine der bedeutendsten Erscheinungen in diesem Gebiete ist in dem fürstlich Kemptischen Provinzialrechte enthalten Durch die Verordnungen vom 14. und 15. April 1738 (erneuert durch Verordn. vom 6. April 1768) wurde neben der Landtafel ein sogenanntes Todtenbuch eingeführt, in welches alle persönlichen Forderungen eingeschrieben und ihnen dadurch der Vorzug im Konkurse gesichert werden konnte. (Siehe die zu Stiftkempten 1793 gedruckte Sammlung aller das kemptische bürgerliche Privatrecht betreffenden Verordnungen.)

[9]) Protokolle S. 21.

[10]) Die Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschriften ist bei Hahn S. 38 ff. umfassend dargestellt, weshalb hierauf verwiesen werden kann.

das Handelsregister die vorgeschriebenen Eintragungen aufzunehmen. Prüft man aber die einzelnen vorgeschriebenen Eintragungen ihrem Inhalte und ihren Wirkungen nach, so ergibt sich, daß durch das Handelsregister nicht Rechtsverhältnisse, sondern nur Thatsachen, Rechtshandlungen, Rechtsakte [11]), veröffentlicht werden sollen [12]). Hierin unterscheidet sich das Handelsregister wesentlich von anderen derartigen Registern [13]), z. B. den Civilstandsregistern, den Hypothekenbüchern, Fideikommißmatrikeln u. dgl.

Das dingliche Recht der Hypothek entsteht erst mit und durch den Eintrag; in dem Hypothekenbuche wird nicht blos veröffentlicht, daß A dem B für das und das Kapital eine Hypothek auf dem und dem Grundstücke bestellt hat, sondern daß auf dem Grundstücke eine Hypothek besteht; hier ist also durch den Eintrag nicht die Thatsache der Hypothekbestellung, sondern das dingliche Recht als solches veröffentlicht.

Desgleichen wird in der Fideikommißmatrikel nicht kundgegeben, daß über die betreffenden Güter diese oder jene Verfügung getroffen wurde, sondern daß dieselben Fideikommiß sind.

Im Handelsregister dagegen wird lediglich eingetragen, daß A unter der Firma X ein kaufmännisches Geschäft betreibt; ob er rechtlicher Inhaber der Firma ist, darüber soll das Register keine Kunde geben; im Register wird eingetragen, daß A dem B Prokura ertheilt habe, nicht daß B Prokurist des A ist; es wird eingetragen, daß A und B zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammengetreten sind oder solche aufgelöst haben, nicht aber hat der Eintrag zu entscheiden, ob eine Handelsgesellschaft zwischen A und B wirklich bestehe; sie kann bestehen und nicht eingetragen sein, sie kann eingetragen sein und nicht bestehen; es kann eingetragen sein, daß A mit dem B zu

---

[11]) Thöl Bd. I S. 123: Die zur Eintragung bestimmten Thatsachen sind theils verpflichtende, theils befreiende Thatsachen; sie sind größtentheils in ihrem tieferen Grunde Willenserklärungen. Endemann S. 101: Das Handelsregister dient zur Aufnahme der über gewisse Thatsachen und Rechtsverhältnisse abgegebenen Erklärungen.

[12]) Ueber die angeblichen drei Ausnahmen (Hahn S. 48) siehe unten.

[13]) In der früheren Bayerischen Wechselmatrikel war ein gemischtes Verhältniß; die berechtigten Handelsleute und Fabrikanten waren nur wegen ihrer Firma einzutragen, dagegen erlangten die bloßen Gewerbsleute und andere Personen erst durch den Eintrag die Wechselfähigkeit; für jene konstatirte also die Matrikel nur ein thatsächliches Verhältniß, für diese aber enthielt die Einschreibung in die Matrikel rechtserzeugende Kraft.

einer Kommanditgesellschaft sich vereinigt habe und doch kann für dieselben das rechtliche Verhältniß einer offenen Gesellschaft bestehen [14]).

Es genügt also der Umstand, daß Jemand im Handelsregister eingetragen ist, für sich allein noch nicht, um in rechtlicher Hinsicht denselben zum Kaufmanne zu machen [15]); eine Gesellschaft wird dadurch allein, daß sie im Gesellschaftsregister eingetragen wurde, noch nicht zur Handelsgesellschaft. Weil nun aber darin, daß sich eine Person oder eine Vereinigung von Personen im Handelsregister eintragen läßt, nothwendig von ihrer Seite die Erklärung liegt, daß von ihnen Handelsgeschäfte gewerbemäßig betrieben werden, so können sie dagegen, daß sie in Gemäßheit dieser ihrer Erklärung auch vor Gericht behandelt werden, Dritten gegenüber, welche im Vertrauen auf den Inhalt des Registers handeln, eine Einwendung nicht erheben [16]). Es folgt hieraus insbesondere, daß der im Handelsregister eingetragene Kaufmann, die in das Gesellschaftsregister aufgenommene Handelsgesellschaft, vor den Handelsgerichten sich müssen belangen lassen, und daß zu ihren Gunsten nicht die Einrede der Unzuständigkeit auf die Behauptung gegründet werden kann, die von ihnen betriebenen Geschäfte seien keine Handelsgeschäfte [17]). Das Gegentheil würde nicht nur gegen Treue und Glauben, sondern auch gegen die öffentliche Ordnung verstoßen; denn es kann Dritten gegenüber das von dem Handelsgerichte geführte Register nicht von dem Handelsgerichte selbst als werthlos und ohne Bedeutung dadurch erklärt werden, daß es demselben in der Anwendung keinen Glauben gewährt. Eben weil Handelsregister öffentliche Bücher sind, muß ihr Inhalt Dritten gegenüber als der Sachlage entsprechend so lange angesehen werden, bis derselbe gelöscht oder geändert ist [18]).

Das Handelsregister soll dem bisher Erörterten zufolge seiner Bestimmung nach den faktischen Zustand des Geschäftslebens darstellen, es soll die thatsächlichen Vorgänge (allerdings soweit sie eine rechtliche Bedeutung für den kaufmännischen Verkehr haben) zur öffentlichen Kenntniß bringen.

Hienach erledigt sich mit Leichtigkeit die Frage, was in streitigen Fäl-

---

14) Dieß ist z. B. sofort der Fall, wenn mit einer den Namen des Kommanditisten enthaltenden Firma im Geschäftsverkehre gezeichnet wird.

15) Vgl. Prot. S. 530 und 1258 und Busch Archiv Bd. VI S. 11.

16) Vgl. auch Prot. S. 64 und 65.

17) Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 392.

18) Vgl. auch Bluntschli Privatrecht §. 146 und die Entscheid. des großh. hessischen Hofgerichts zu Darmstadt in Busch Archiv Bd. VIII S. 174.

len eingetragen werden müsse[19]). Weil eben die Handelsregister nicht dazu vorhanden sind, um über die Rechtsverhältnisse Aufschluß zu ertheilen, sondern nur über Thatsachen, so ist im Zweifel von Seite des das Handelsregister führenden Richters nicht eine Austragung oder Entscheidung dessen zu suchen, was im gegebenen Falle Rechtens sei, sondern er hat lediglich zu untersuchen: was ist die in Wirklichkeit vorhandene Thatsache? und diese muß ihm zur Grundlage des Eintrages dienen.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß der Richter lediglich an die Erklärungen der Partei sich halten dürfe; er muß vielmehr die rechtliche Bedeutung der ihm angegebenen Thatsachen prüfen und nur hienach den Eintrag bewerkstelligen. Wenn A erklärt, die Firma des B sei auf ihn übergegangen, so hat der Eintrag nur dann stattzufinden, wenn die vorgetragenen Thatsachen wirklich einen rechtlich wirksamen Uebergang in sich schließen; wenn A und B eine Kommanditgesellschaft eingetragen haben wollen, so genügt nicht ihre Erklärung, daß sie eine Kommanditgesellschaft geschlossen haben, sondern sie müssen die Thatsachen vorlegen, aus denen das rechtliche Material einer Kommanditgesellschaft besteht.

Setzen wir den Fall, es erscheint der Kaufmann A mit der Erklärung, daß er in Gemeinschaft mit dem Privatier B eine offene Gesellschaft zur Fabrikation und zum Verkaufe von Eisengußwaaren eingegangen habe und daß sie ihr Geschäft unter der Firma A und B betreiben wollen. Hierauf erscheint aber B und erklärt zu Protokoll, der Vertrag zwischen ihm und A sei kein solcher, welcher eine offene Gesellschaft zur rechtlichen Folge habe, es liege darin nur die Errichtung einer Kommanditgesellschaft, A sei allein der persönlich haftende Gesellschafter und die Firma dürfe daher lediglich seinen, des A Namen, enthalten. Hier unterliegt es vor Allem keinem Zweifel, daß es Sache des registerführenden Richters und (Art. 9 des bayer. Einf.-Ges. z. a. d. HGB.) allenfalls des Handelsgerichtes ist, zu prüfen und zu entscheiden, wie der Eintrag zu lauten habe; diese Untersuchung und Entscheidung hat sich nothwendigerweise auch darauf zu erstrecken, unter welche rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes die angegebenen und wirklich vorhandenen thatsächlichen Verhältnisse zu subsumiren sind. Damit ist aber auch die Grenze der richterlichen Thätigkeit im Gebiete der Registerführung gegeben. Die

---

19) In den in Busch Archiv Bd. I S. 417 erörterten Fällen war der Sitz der Gesellschaft durch Statut bestimmt, dennoch konnte nicht dieser, sondern der thatsächlich bestehende Sitz eingetragen werden.

rechtliche Entscheidung über Verhältnisse, welche unter verschiedenen im entgegengesetzten Interesse betheiligten Personen bestritten sind, liegt außerhalb des Gebietes jenes disziplinären Verfahrens.

Es ist daher unzulässig, etwa nach gepflogener Recherche oder Einsicht der Verträge von Amtswegen Seitens des mit der Registerführung betrauten Gerichtes einen Beschluß über die rechtliche Eigenschaft der einen oder anderen der anmeldenden Personen zu fassen und z. B. den A unter Ordnungsstrafe zur Anmeldung des B als Kommanditisten oder den B unter Strafandrohung zu seiner Anmeldung als offener Gesellschafter anzuhalten[20]). Dergleichen streitige Privatrechtsverhältnisse können nicht einseitig der einen Partei gegenüber, sondern nur nach vorgängigem gegenseitigem Gehöre im Wege eines ordnungsgemäßen prozessualen Verfahrens endgültig entschieden werden; deshalb würde zur Erlassung eines Beschlusses hierüber in dem disziplinaren Verfahren gegen die eine der im entgegengesetzten Interesse betheiligten Parteien jede gesetzliche Berechtigung mangeln und der etwa erlassene Beschluß ungeeignet und unfähig sein, die Grundlage eines Eintrages zu bilden, durch welche das zwischen sämmtlichen Parteien bestehende Verhältniß in Bezug auf ihren Handelsbetrieb beurkundet werden soll.

Es bleibt in solchen Fällen nur übrig, die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen und die Austragung der Streitpunkte auf dem Rechtswege auch durch Androhung von Ordnungsstrafen zu überwachen und zu erzwingen. Einen anderen Ausweg kennt das Handelsrecht nicht. Namentlich sind dem a. d. Handelsgesetzbuche die in das Handelsregister etwa einzutragenden Protestationen und Reservationen unbekannt, welche sich im Hypothekenrechte bei den Hypothekenbüchern finden. Das Handelsregister nach dem a. d. Handelsgesetzbuch hat keinen Raum für Eintragungen unter der Rubrik „streitige Rechtsverhältnisse"[21]), kein Eintrag kann unter Vor-

---

[20]) Man hat sich hiefür darauf berufen (vgl. Busch Archiv Bd. I S. 489), daß der Handelsrichter, wenn er zu prüfen habe, ob eine gesetzliche Veranlassung zu einer amtlichen Einschreitung wegen Außerachtlassung der im Gesetze vorgeschriebenen Einträge vorliege, nothwendigerweise auch die Befugniß besitzen müsse, die Qualifikation festzustellen, durch welche die Verpflichtung einer Person zur Anmeldung eines Eintrages in das Handelsregister bez. zur Unterlassung eines den Einträgen und der gesetzlichen Vorschrift widersprechenden Verhaltens bedingt ist. Ein Eingriff in die Privatrechte finde hiedurch nicht statt, weil ein so erlassener Beschluß nur gegen denjenigen wirke, dessen rechtliche Qualifikation festgestellt werde und nur insoweit die Eintragspflicht in Frage komme.

[21]) Es kann also beispielsweise nicht eingetragen werden, es sei unter den Par-

behalt des Rechtsweges erfolgen, sondern der Richter, welcher die Parteien hinsichtlich der streitigen Punkte auf den Rechtsweg verweist [22]), darf den Eintrag auch nicht provisorisch als einen streitigen bewirken.

Es lassen sich auch Fälle denken, in welchen durch Differenzen der Parteien der Eintrag überhaupt verhindert wird, weil eben in Folge dessen die einzutragende Thatsache mangelt. Z. B. A. und B. betreiben unbestritten mit einander die Fabrikation und den Verkauf von Farbwaaren in offener Gesellschaft; zur Anmeldung der Firmen aufgefordert gibt A an: A et Cpie., B dagegen: B et Cpie. [23]). Hier fehlt es an der Thatsache des Art. 85, daß die Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben; da aber anderseits thatsächlich eine offene Gesellschaft besteht, nach Art. 86 dieselbe eine Firma haben muß, und nach Art. 88 die Gesellschafter gemeinsam die Anmeldung vorzunehmen verpflichtet sind, so können in einem solchen Falle auch A. und B. mit Ordnungsstrafen gezwungen werden, sich (soferne sie die Gesellschaft nicht auflösen wollen) über eine gemeinschaftliche Firma zu einigen.

Aus dem oben erörterten Grundprinzipe ergeben sich nun auch als Folgesätze die rechtlichen Wirkungen der Einträge. Setzen wir den Fall: der minderjährige A eröffnet ein Geschäft und dessen Firma X wird, weil irrthümlich Volljährigkeit angenommen wird, in das Handelsregister eingetragen. Würden im Handelsregister Rechtsverhältnisse veröffentlicht, so müßte der Eintrag die Bedeutung haben: A ist Kaufmann und rechtlicher Inhaber der Firma X; folglich wären seine Geschäfte als gültig und rechtsverbindlich anzusehen und es hätte der Eintrag Dritten gegenüber die Wirkung, daß auf den Mangel des Alters keine Rücksicht mehr genommen werden könnte. Allein durch den Eintrag in dem Register ist lediglich die Thatsache als veröffentlicht anzusehen: „A betreibt unter der Firma X gewerbemäßig Handelsgeschäfte" [24]). Dieses faktische Verhältniß kann, wie

---

teien streitig, was eigentlich für eine Gesellschaft unter ihnen bestehe, oder es sei streitig, ob die Gesellschaft eine Aktiengesellschaft sei, ob zu letzterer landesherrliche Genehmigung ertheilt sei, ob der Kaufvertrag, den A mit B über des Letzteren Geschäft sammt Firma geschlossen, gültig sei.

22) Vgl. jedoch gegen einen Zwang zur Klage die Zeitschrift des bayerischen Anwaltsvereines Bd. III S. 158.

23) Ist wirklich vorgekommen.

24) Selbstverständlich soll ein solcher Eintrag nicht stattfinden, wenn A nicht die Berechtigung hat als Kaufmann aufzutreten; es muß hiebei ein Uebersehen des registerführenden Gerichtes als unterlaufen angenommen werden.

oben erörtert, jeder Dritte für sich als bestehend in Anspruch nehmen, welche Wirkungen es aber in rechtlicher Hinsicht hat, welche Rechte und Pflichten aus den mit der Firma X geschlossenen Geschäften für A und den mit ihm Kontrahirenden entstehen, dafür ist der Registereintrag an und für sich nicht maßgebend; maßgebend ist lediglich die durch den Eintrag und dessen Veröffentlichung bewirkte Oeffentlichkeit der Thatsachen.

Art. 12 Abs. 1 spricht nämlich als obersten Grundsatz aus:

Das Handelsregister ist öffentlich.

Dieser Satz bedeutet nicht blos, daß Jedermann berechtigt ist, sich Kenntniß vom Inhalte des Registers zu verschaffen, daß dieser Inhalt allgemein zugänglich gemacht werden soll, sondern insbesondere, daß, weil die Kenntniß des Registerinhaltes Jedermann möglich ist, sie auch von Jedermann erwartet und sogar verlangt wird.

In dieser Hinsicht hat das Gesetzbuch gegenüber dem Systeme des Preußischen Entwurfes eine erhebliche Aenderung erfahren. Der Preuß. Entwurf[25]) hatte als Prinzip aufgestellt, daß drei Tage nach erfolgter Veröffentlichung Jedermann von Rechtswegen als in Kenntniß gesetzt angesehen werden müsse, daß er von da an, wenn er den Inhalt des Registers nicht gekannt habe, sich in bösem Glauben befinde[26]).

Diese Bestimmung wurde bei den Berathungen besonders aus dem Grunde angegriffen[27]), daß der Artikel eine Fiktion aufstelle, welche ganz unermeßliche und höchst unbillige Folgen habe. Denn obschon es gar keine Art der gerichtlichen Publikation gebe, welche nur einige Sicherheit dafür biete, daß von derselben wirklich jeder Dritte je einmal Kenntniß erhalte

---

[25]) Art. 11 lautete:

Eine Eintragung in das Handelsregister hat dritten Personen gegenüber erst dann eine rechtliche Wirkung, wenn die Bekanntmachung der Eintragung in den von dem Handelsgerichte bestimmten öffentlichen Blättern erfolgt ist und seitdem drei Tage verflossen sind. Diese Frist wird von dem Datum des Blattes an gerechnet, in welchem diese Bekanntmachung zuerst erscheint.

Nach Ablauf dieser Frist kann Niemand die Unkenntniß der Eintragung für sich geltend machen. Der Beweis einer früheren Kenntniß des Inhaltes der Eintragung wird hiedurch nicht ausgeschlossen.

[26]) Hiebei muß man davon ausgehen, daß, wer sich über den Inhalt des Registers nicht unterrichtet, eine grobe Nachlässigkeit begeht und diese kulpose Unwissenheit der absichtlichen Ignorirung gleichstehe. Vgl. Motive zum Pr. E. S. 10.

[27]) Protokolle S. 23 ff.

oder auch nur erhalten könne, verordne der fragliche Artikel dennoch, daß nach Ablauf von drei Tagen jeder Dritte ohne Zulassung eines Gegenbeweises so angesehen werden solle, als habe er wirklich die Bekanntmachung erfahren; dieß führe schon bei Personen, die am Orte der Bekanntmachung lebten, zu großen Härten. Wenn Jemand mit einem Anderen jahrelangen Geschäftsverkehr gehabt und mit ihm im Vertrauen auf den Fortbestand der frühren Verhältnisse ein neues Geschäft eingehe, nachdem er vielleicht gerade in den letzten drei Tagen im Geschäftsdrange oder wegen einer kurzen Abwesenheit versäumt hatte, die betreffenden Blätter zu lesen, solle er doch Gefahr laufen, das neue Geschäft als wirkungslos bezeichnet zu sehen und möglicherweise sein ganzes Vermögen zu verlieren. Wolle man aber größere Fristen gewähren, so müsse bedacht werden, daß selbst Wochen und Monate bei dem Handel auf große Entfernungen nicht zureichen, daß aber, je größer die Fristen, um so weniger die Absicht des Gesetzgebers erreicht sein würde. Wenn dem gegenüber auch nicht verkannt werden könne, daß eine Unsicherheit über die Wirkungen der erfolgten Eintragung für den Kaufmann unbequem sei, so verdiene das gesammte Publikum, das jedenfalls keine Schuld trage, eine größere Berücksichtigung seiner Interessen, als der einzelne Kaufmann, der eine Prokura ertheilt, oder einen anderen gefahrbringenden Eintrag in das Handelsregister erwirkt habe. Auch sei weder das Römische Recht, noch irgend eine andere Gesetzgebung, noch die Praxis der Handelsgerichte dazu gekommen, eine so einschneidende Fiktion aufzustellen.

Es wurde deshalb in dem Entwurfe I. Lesung [28]) Alles auf die Umstände gestellt und damit die Hauptwirkung der Oeffentlichkeit des Registers völlig aufgehoben. Hiegegen erhob sich in der zweiten Lesung ernstliche Opposition; man wandte ein [29]), daß dieser Satz bei vielen Einträgen gegenstandslos sei, z. B. in vielen Fällen, in denen der Eintragende blos Anzeige erstatte, daß er Etwas gethan habe, bei anderen sei er geradezu ungerechtfertigt. Denn regelmäßig und naturgemäß habe der, welcher mit

---

[28]) Art. 11 des I. E. lautete:

Eine Eintragung in das Handelsregister, welche in den von dem Handelsgerichte bestimmten öffentlichen Blättern bekannt gemacht ist, hat gegen einen Dritten rechtliche Wirkung, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß sie ihm ohne eigenes Verschulden nicht unbekannt bleiben konnte.

Der Beweis einer anderweitigen Kenntniß des Inhaltes der Eintragung wird hiedurch nicht ausgeschlossen.

[29]) Prot. S. 899 ff.

einem Anderen kontrahire, die Pflicht, sich nach dessen Rechtsverhältnissen zu erkundigen und abgesehen vom dolus des Anderen die Folgen zu tragen, wenn seine Erkundigungen nicht ausreichend gewesen; ein Satz, wie der des Art. 11 habe deshalb nur ausnahmsweise da eine gute Begründung, wo sich Jemand mit einem Anderen in ein gewisses Verhältniß gesetzt habe, wo der Eine in dem guten Glauben sei und mit Grund erwarten könne, daß der Andere es ihm sagen werde, wenn an diesem Verhältnisse eine Aenderung vorgehen sollte, und daß das Verhältniß fortbestehe, so lange Nichts gesagt worden.

Es wurde deshalb der Art. 11 gestrichen und nur einzelne Bestimmungen an den betreffenden Stellen des Gesetzbuches angefügt.

Solche finden sich in den Art. 25 Abs. 2 und 3; 87, 129, 135, 155 und 171; dann Art. 46, 115 (135) und 233, endlich Art. 163, 178, 211.

In Folge davon, daß das Gesetzbuch ein allgemeines Prinzip nicht mehr aufstellt, hat auch die Theorie bisher ein solches nicht angenommen[30]); es lassen sich jedoch die sämmtlichen konkreten Vorschriften der verschiedenen Artikel allerdings immer noch als Folgesätze eines obersten rechtlichen Grundsatzes und zwar als Wirkungen der Publizität auffassen.

Die Bedeutung des Satzes: „das Handelsregister ist öffentlich", die Folge der Publizität, ist nämlich folgende:

Jede im Vertrauen auf den veröffentlichten[31]) Inhalt des Handelsregisters vorgenommene Handlung, so weit sie mit den hieher bezüglichen Rechtsverhältnissen in Verbindung steht, bringt in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Register befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervor, welche der vorge-

---

[30]) Endemann nimmt drei verschiedene Bedeutungen des Eintrages an; er findet in einigen Fällen darin die Vorbedingung für Entstehung eines Rechtsverhältnisses; in anderen eine Rechtsvermuthung für die Wissenschaft Dritter; im Uebrigen eine gewöhnliche Vermuthung, daß die betreffenden Dinge zur Kenntniß des Publikums gelangt oder nicht gelangt seien.

[31]) Eintrag allein genügt nicht, Veröffentlichung allein auch nicht; beides muß vereinigt vorliegen. Man ging von der Erwägung aus (Prot. S. 928), „daß das Publikum in Gefahr komme, falls man an den bloßen Eintrag schon gewisse Wirkungen knüpfe und daß der Eintragende die Veröffentlichung betreiben könne, um jeden Schaden von sich abzuwenden." Doch ist dieser Satz nicht ganz allgemein richtig, sondern es handelt sich eben nur darum, in wie weit der gute oder böse Glaube durch die Veröffentlichung bedingt ist; im zweiten Beispiele des Falles Nr. 1 z. B. (S. 109) kommt es auf die Veröffentlichung nicht an.

nommenen Handlung nach jenen Einträgen entsprechen. Und Niemand kann die Unkenntniß dessen, was im Handelsregister eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen, außer er wäre nicht in bösem Glauben. Der durch die Oeffentlichkeit des Registers vermittelte und bedingte gute oder böse Glaube erscheint demnach als die Wirkung, welche für den Rechtsverkehr aus den Einträgen und deren Bekanntmachung hervorgeht, und wodurch sich die einzelnen Gesetzesbestimmungen erklären.

Um nun die einzelnen Anwendungen dieses Grundsatzes richtig zu finden, ist es erforderlich, nach einer doppelten Beziehung zu unterscheiden. Es sind vor Allem zu trennen die rechtserzeugenden Thatsachen, welche positive Momente heißen sollen, von den rechtsändernden oder rechtsaufhebenden Thatsachen, welche unter der Bezeichnung der negativen Momente begriffen werden sollen [32]. Sodann sind auseinanderzuhalten die Fälle der Existenz einer Thatsache, welche nicht eingetragen ist, von dem Falle des Eingetragenseins einer Thatsache, welche nicht existirt, und zwar müssen diese zwei Fälle wiederum kombinirt werden mit den positiven und mit den negativen Momenten.

Hiernach ergeben sich folgende vier Fälle:

1. Fall.

Es existirt eine rechtserzeugende Thatsache, welche in das Register eingetragen werden sollte, sie ist aber in demselben nicht eingetragen.

Nach der oben erörterten rein thatsächlichen Natur des Handelsregisters hat die Unterlassung des Eintrages auf die rechtliche Existenz derartiger Thatsachen, auf deren Bestand an und für sich keinen Einfluß. Gesetzt, A und B stehen wirklich in offener Handelsgesellschaft, so kann demjenigen, welcher den B als solidarisch verpflichtet in Anspruch nehmen will, nicht etwa der mangelnde Eintrag entgegengehalten werden; denn hier würde die Berufung auf das Register nicht dem Dritten, sondern dem Betheiligten nützen, und da sich dieser nicht in gutem Glauben befindet, so hat diese Berufung keine Wirkung. Dagegen gesetzt, A und B sind Handelsgesellschafter, und dem B sind die Rechte eines Kommanditisten eingeräumt; diese Thatsache ist aber im Handelsregister nicht eingetragen. Hier wird der Dritte, welcher in gutem Glauben ist, und sich darauf verläßt, daß die oben

---

[32]) Etablirung eines Geschäftes — Aenderung des Inhabers, Aufgeben der Firma; Aufstellung eines Prokuristen — Zurücknahme der Prokura u. s. w.

erwähnte für B rechtserzeugende Thatsache im Register nicht eingetragen ist, durch die Oeffentlichkeit des Registers geschützt sein; seine Berechtigung dem B gegenüber ist eine unbeschränkte [33]).

Praktisch werden außer dem soeben erörterten Falle Anwendungen schwer vorkommen; denn soferne es sich nicht um Aenderung eines Zustandes handelt, ist das Resultat, welches aus dem Nichteingetragensein einer Thatsache im Register sich ergibt, regelmäßig ein negatives [34]), und daher ein die Rechte nur in geringem Umfange bestimmendes. Doch wird man sich der Beachtung des Prinzipes nicht entschlagen können, wenn eben die Nichtexistenz einer Thatsache Bedeutung für die Gestaltung des Rechtsgeschäftes hat. Z. B. A hat dem B Prokura ertheilt, im Handelsregister wurde aber diese Thatsache nicht eingetragen; B kauft von C ultimo März 10,000 Dollars Amerikanische Staatspapiere, und cedirt dieses Geschäft dem D, welcher dem C 1000 fl. schuldet, die C mittelst Kompensation an dem aus dem Geschäfte für D abfallenden Gewinne zu decken beabsichtigt, weil D unsicher ist. Wenn nun C ein Prokuraverhältniß des B im Vertrauen auf den Inhalt des Registers als nicht vorhanden, in gutem Glauben, annahm, so kann A nicht kraft der ihm nach Art. 56 Abs. 3 zustehenden Rechte dem C die Kompensationseinrede entziehen, welche diesem gegen D zusteht.

Aehnliche Fälle lassen sich noch mehrfach konstruiren.

---

[33]) Hieraus ergibt sich, daß man die Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 nicht, wie Hahn und Endemann annehmen, als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel ansehen muß, und daß der Eintrag nicht die Vorbedingung für die Entstehung des Rechtsverhältnisses selbst ist. Die dort ausgesprochene Folge läßt sich sehr wohl als Wirkung des Prinzipes der Oeffentlichkeit auffassen: denn wenn der Dritte sich nicht auf den Eintrag verlassen hat, sondern den wahren Sachverhalt wußte, so haftet ihm ja der Kommanditist trotz des unterlassenen Eintrages nicht unbeschränkt, während solches, wenn das Kommanditverhältniß durch den Eintrag bedingt wäre, überhaupt nicht der Fall sein könnte.

Die beiden anderen als Ausnahmen bezeichneten Bestimmungen in Art. 178 und 211 erklären sich durch die in Art. 174 und 208 für die Existenz vorgeschriebene staatliche Genehmigung; denn hier, wo die beschränkte Haftung durch staatliche Erlaubniß erst geschaffen wird und „Aktien" in so lange eben rechtlich nicht vorhanden sind, als sie nicht faktisch ausgegeben werden dürfen, kann auf den guten Glauben nichts weiter ankommen.

[34]) Wenn die Firma X. noch nicht im Register steht, und deren Inhaber unterläßt den Eintrag, so ersieht der Dritte aus dem Register eben nur etwas Negatives, und dieser Umstand ist wenig geeignet, auf dessen Rechte einzuwirken.

2. Fall.

Eine gewisse Thatsache, welche geeignet ist, Rechte zu begründen, existirt nicht, aber im Register ist sie als bestehend eingetragen.

Der Eintrag schafft kein Recht, er bezeugt blos bestehende Thatsachen. Wenn also A im Handelsregister als Inhaber der Firma „Müller's Nachfolger" eingetragen ist, die Firma ist aber im Besitze des B und wird von diesem ausgeübt [35]), so wird durch den Eintrag A nicht Eigenthümer der Firma. Allein vermöge der Oeffentlichkeit des Buches kann Jeder, welcher mit der Firma „Müller's Nachfolger" Geschäfte geschlossen hat, soferne ihm das wahre Sachverhältniß nicht bekannt war, sich an A halten, ohngeachtet nicht er, sondern B die Geschäfte im Namen der Firma geschlossen hat; weil eben in Bezug auf die im Vertrauen auf das Register vorgenommenen Handlungen die darin eingetragene Thatsache als wahr gilt.

Ein weiteres Beispiel zeigt zugleich die Grenze, welche dieser Wirkung durch die rein thatsächliche Natur des Registers gezogen ist. Anna Schulze läßt sich als Inhaberin der Firma X. in das Handelsregister eintragen; die Veröffentlichung der Thatsache, daß Anna Schulze unter der Firma X. kaufmännische Geschäfte betreibt, bewirkt noch nicht an und für sich, daß sie als Handelsfrau anzusehen ist und z. B. ohne Weiteres dem Personalarreste unterworfen werden kann. Wenn sie aber gewerbemäßig kaufmännische Geschäfte betreibt, so kann demjenigen, welcher in gutem Glauben und im Vertrauen auf den Inhalt des Registers mit ihr kontrahirt hat, die mangelnde Einwilligung des Ehemannes nicht entgegengesetzt werden. Desgleichen wenn der minderjährige A auf irgend eine Weise bewirkt, daß er als Kaufmann in das volle Register eingetragen wird, erlangt er hiedurch nicht die Dispositionsfähigkeit. Wenn aber nach den bürgerlichen Gesetzen (wie solches partikularrechtlich vorkommt) die Thatsache, daß ein Minderjähriger öffentlich ein Gewerbe betreibt, genügt, um ihn in dieser Hinsicht dispositions-

---

[35]) Ist solche von A auf B übergegangen, so ist nicht dieser, sondern der dritte Fall (S. 112) gegeben; es wird also supponirt, daß der Eintrag erfolgt ist in Folge einer Manipulation zwischen A und B. Man darf aber die im Texte aufgeführte Haftung nicht als Folge des dolus des A ansehen, denn gegen A ist nicht blos eine Entschädigungsklage, sondern die Kontraktsklage begründet.

fähig zu machen, so kann die Minorennität demjenigen gegenüber, welcher in gutem Glauben und im Vertrauen auf den Inhalt des Registers gehandelt hat, nicht eingewendet werden.

3. Fall.

Es existirt eine rechtsverändernde oder rechtsaufhebende Thatsache, die im Register eingetragen sein sollte, sie ist aber in demselben nicht eingetragen.

Auch hier ist die Aenderung oder Aufhebung des Rechtes selbst durch den Eintrag nicht bedingt; nur demjenigen, der in gutem Glauben auf den bisherigen Eintrag sich verläßt, kann solches in Gemäßheit der Oeffentlichkeit des Registers Nichts schaden. Wenn also eine offene Handelsgesellschaft im Register eingetragen ist, und es ist in dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter die Aenderung eingetreten, daß einer derselben von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, so ist diese Aenderung ohne Rücksicht auf den Inhalt des Registers rechtsbeständig. Wer die Ausschließung kennt, und doch mit dem Ausgeschlossenen kontrahirt, erwirbt gegen die Gesellschaft keine Rechte. Wer aber in gutem Glauben auf den bisherigen Eintrag handelt, der wird durch die Oeffentlichkeit des Registers geschützt; er kann sich auf den Eintrag berufen.

Es darf sich aber, wie oben gesagt, auf die Unkenntniß dessen, was im Register eingetragen steht, eben wegen dessen Oeffentlichkeit in der Regel Niemand berufen. Wenn A die dem B ertheilte Prokura widerruft und läßt dieses im Handelsregister eintragen [36]), so gilt für jeden die Vermuthung, daß er solches wisse, und daß er, wenn er Unkenntniß vorschützt, nicht in gutem Glauben sei. Wenn der Kommanditist D aus der Gesellschaft ausgeschieden und dieses veröffentlicht ist, so muß man vermöge der Publizität annehmen, daß derjenige in bösem Glauben handelt, welcher den D als mit seiner Einlage noch haftbar in Anspruch nehmen will.

4. Fall.

Es existirt eine Aenderung oder Aufhebung des bisherigen Zustandes nicht, es ist aber eine solche Aenderung oder Aufhebung im Register eingetragen.

Ein solcher Eintrag ist an und für sich rechtsunwirksam; wenn der Kom-

---

[36]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß unter dem Worte „Eintrag" auch immer die Bekanntmachung verstanden werden muß.

manditist A als aus der Kommanditgesellschaft ausgetreten eingetragen sein sollte; es liegt aber ein geheimer Vertrag vor, nach welchem derselbe nach wie vor der Kommanditist des Mitgesellschafters B sein soll, so könnte derselbe ohngeachtet des entgegenstehenden Eintrages von den Gläubigern des persönlich haftenden Gesellschafters immer noch belangt werden, und er selbst kann seine Einlage weder ganz noch theilweise zurückbezahlt verlangen. Wenn aber in einem solchen Falle A seine Einlage an C verkauft und dieser in gutem Glauben, das Kommanditverhältniß sei erloschen, das Cessionsgeschäft eingeht, so kann ihm B den Art. 165 Abs. 2 nicht entgegenhalten. Denn die im Vertrauen auf den Inhalt des Registers vorgenommene Handlung muß die diesem Inhalte angemessene Wirkung für den gutgläubigen C hervorrufen, daß die Einlage zurückgefordert werden kann [37]).

Wenn durch irgend welchen Anlaß A als Erwerber der Firma X. in das Register eingetragen wird, ohne es wirklich zu sein, so verliert der wahre Inhaber B sein Eigenthum nicht, allein wenn C in gutem Glauben mit dem eingetragenen Inhaber Geschäfte macht, so müssen diese die ihnen nach dem Registerinhalte zukommende Wirkung haben, die Firma X. zu verpflichten, und B kann sich auf den wahren, dem Register widerstreitenden Zustand nicht berufen, obwohl er persönlich allerdings nicht verhaftet wird.

Auch für diesen Fall ist zu berücksichtigen, was oben bei dem zweiten Falle bemerkt worden ist, indem auch hier das Resultat der Kenntniß des Inhalts des Registers den entgegenstehenden Verhältnissen gegenüber regelmäßig ein negatives und daher wenig von Einfluß auf den Rechtserwerb sein wird.

Aus dem Bisherigen ergibt sich bereits die Regelung der Beweislast in den einzelnen Fällen [38]). Das Gesetz spricht als Prinzip aus:

Was im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, muß Jedermann wissen [39]).

---

[37]) Vorbehaltlich natürlich der Rechte der Gläubiger der Gesellschaft.

[38]) Nach Endemann S. 105 begründet der Eintrag im Handelsregister sammt der Veröffentlichung, und ebenso die Unterlassung an und für sich nur eine gewöhnliche Vermuthung für die Wissenschaft, deren Begründetsein im konkreten Falle erst untersucht werden müsse; nur in den Fällen der Art. 25 und 46 und den analogen werde eine Rechtsvermuthung begründet.

[39]) Es kann v. Kräwel nicht beigestimmt werden, welcher S. 43 Anmerk. 2 sagt: im Handelsgesetzbuche finde sich nirgend eine Andeutung dafür, daß Jemand verpflichtet wäre, die öffentlichen Bekanntmachungen des Inhaltes der Register zu lesen oder das Handelsregister selbst einzusehen; vielmehr folgt die allgemeine Erkundigungspflicht (Thöl) schon aus dem

Wer also nach diesem Inhalte handelt, ist so lange als gutgläubig anzusehen, bis das Gegentheil von ihm erwiesen ist; wer nicht darnach handelt, ist so lange als bösgläubig zu erachten, bis er das Gegentheil erwiesen hat. Daraus ergibt sich, daß es zum Beweise des bösen Glaubens erforderlich ist, darzuthun, daß derjenige, welcher sich auf den Inhalt des Registers stützt, die Unwahrheit dieses Inhaltes gekannt habe[10]); denn nachdem die Oeffentlichkeit des Registers jede anderweitige Erkundigungspflicht ausschließt, so hat derjenige keine Pflicht verletzt, welcher sich mit der Wissenschaft, die er aus dem Register schöpfen kann, begnügt, und wenn ihm auch nachgewiesen werden könnte, daß er durch Nachfragen sich leicht von der Unrichtigkeit des konstatirten Zustandes, von der inzwischen erfolgten Aenderung hätte vergewissern können, so ist doch deshalb nicht weniger wahr, daß er, wenn er es eben nicht gethan, wenn er sich auf den Registerinhalt verlassen hat, als in gutem Glauben befindlich erscheint[11]).

Prinzipe der Oeffentlichkeit. Doch wird man allerdings einen Unterschied zu machen haben, ob derjenige, der sich auf das Nichtkennen der öffentlichen Bekanntmachung beruft, ein Kaufmann ist oder nicht; Kaufleuten gegenüber wird man die Erkundigungspflicht strenger zu nehmen haben, als gegenüber Nichtkaufleuten.

[10]) Auf eine Rechtswidrigkeit desjenigen, der den Eintrag unterläßt (Hahn S. 41) braucht man das Hinwegfallen des Kennenmüssens für diesen Fall nicht zu stützen; obwohl bei den Berathungen (Prot. S. 930) dieses Moment speziell hervorgehoben wurde.

[11]) Manchmal scheint praktisch der Fall des „Kennenmüssens" auch hier vorzuliegen, aber nur scheinbar. A in München hatte dem B die ertheilte Prokura entzogen, solches aber im Register eintragen zu lassen versäumt; B begab sich nach Paris, woselbst A keinerlei Geschäftsverbindung besaß, und war als Kellner in einem Café thätig. D reiste nach Paris, erwarb dort von B einen per procura A gezeichneten Wechsel und wollte nun den A in Anspruch nehmen, der sich damit zu schützen versuchte, D habe nach dem ganzen Vorgange wissen müssen, daß das Prokuraverhältniß erloschen sei. Es wurde auch die Klage allerdings zurückgewiesen, allein nicht, weil D die Erlöschung der Prokura nach den Umständen kennen mußte, sondern weil durch die Umstände als bewiesen angenommen wurde, daß D bei dem Erwerbe des Wechsels wirklich gewußt habe, der Kellner B in Paris sei nicht mehr Prokurist des Kaufmannes A in München. Dieselbe Entscheidung würde wohl in dem Beispiele zu geben sein, welches bei den Berathungen (Prot. S. 930) gegen den Ausschluß des Kennenmüssens vorgebracht wurde; wenn eine nicht eingetragene Aenderung 20 und mehr Jahre im Publikum bekannt gewesen, wird man schwerlich eine andere richterliche Ueberzeugung schöpfen, als daß sie auch dem bestimmten Dritten bekannt war.

Anders wenn es auf den Beweis des guten Glaubens ankommt; wer dasjenige nicht weiß, was er wissen soll und wissen muß, kann nicht als gutgläubig angesehen werden, so lange nicht besondere Umstände ihn entschuldigen. Wer also gegen den Inhalt des Registers handelt, muß, um die ihn deswegen treffende Vermuthung des bösen Glaubens zu entkräften, darthun, nicht nur, daß er den Inhalt nicht gekannt hat, sondern auch, daß ihm nicht wohl zugemuthet werden konnte, davon Kenntniß zu haben, das heißt, daß er den Inhalt nicht habe kennen müssen.

Hienach liegt in jedem Falle die Beweislast bei Demjenigen, welcher ein Recht gegen den veröffentlichten Inhalt des Registers in Anspruch nehmen will [42]).

Durch welche Mittel nun dieser Beweis erbracht werden könne, ist nach den konkreten Verhältnissen zu ermessen. Derselbe kann sich aber in den Fällen des Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 lediglich dahin richten, daß der Dritte speziell von der Thatsache in Kenntniß gesetzt worden sei, z. B. durch einen Brief, ein Cirkular, oder durch mündliche Benachrichtigung Seitens des Prinzipals oder eines Anderen, allenfalls auch dadurch, daß er zufälligerweise durch Gespräche Dritter oder durch andere Umstände die Aenderung oder Erlöschung erfahren habe. Neben Urkunden, Zeugen und dem Eide, welcher übrigens stets auf das Nichtgekannthaben lauten muß, können allerdings auch Vermuthungen als Beweismittel verwendet werden [43]), doch können diese nur insoweit Beachtung finden, als sie überhaupt nach den maßgebenden Prozeßgesetzen zur Beweiserbringung

---

[42]) So auch Thöl S. 123 Nr. VII. Anderer Ansicht Hahn S. 43, der sich dafür auf Prot. S. 929 beruft; allein wenn es allgemeine Regel ist, daß Derjenige die behauptete Thatsache zu beweisen hat, welcher aus derselben Rechte für sich ableiten will, so kann aus den Worten des Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 nichts Anderes gefolgert werden, als daß der Dritte die ihn schützende Ausnahme, die Umstände, welche die Abwesenheit des bösen Glaubens annehmen lassen, darthun muß. Was in den Hahn'schen Beispielen als Ueberwälzung der Beweislast auf Denjenigen erscheint, welcher sich auf die Einträge beruft, sind lediglich Fälle, in denen die vom Dritten bewiesenen, für ihn sprechenden Umstände im Wege des Gegenbeweises als ungenügend dargethan werden; die primäre Beweislast trifft Denjenigen nie, der sich auf das Register stützt, und insbesondere ist der in §. 10 (S. 46) aufgeführte Fall lediglich ein Fall des antizipirten Gegenbeweises gegen die Berufung des Dritten auf Art. 25 Abs. 3 oder Art. 46 Abs. 2.

[43]) Ueber den Unterschied dieses Beweismittels von dem Beweise des Kennenmüssens siehe oben Note 41.

zulässig sind. Ferner dürfen dieselben nicht dazu benützt werden, um das Moment des Kennenmüssens, welches das Gesetz in diesem Falle ausgeschlossen hat, auf einem Umwege wieder in dasselbe zu bringen. Wenn demnach sich darauf gestützt werden will, daß die betreffende Thatsache allgemein bekannt gewesen sei, so muß doch stets die Folgerung dahin gezogen werden, „daß demnach auch der Dritte sie gekannt habe", niemals aber dahin, „daß sie der Dritte bei Anwendung irgend welcher Sorgfalt hätte kennen müssen, daß sie ihm ohne grobe Nachlässigkeit auf seiner Seite gar nicht hätte unbekannt bleiben können."

Was dagegen die Fälle des Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 betrifft, so hat hier der Dritte, welcher sein Nichtwissen der eingetragenen und veröffentlichten Aenderung vorschützt, Umstände anzuführen und zu beweisen, welche die begründete Vermuthung, daß ein gehörig veröffentlichter Eintrag auch allgemein bekannt geworden sei[44]), entkräften und dem Richter die Ueberzeugung[45]) verschaffen, daß der Beweisführende auch bei Anwendung der einem ordentlichen Kaufmanne obliegenden Sorgfalt in Unkenntniß über die eingetragenen und veröffentlichten Thatsachen bleiben mußte. Daß diese Umstände besondere, außergewöhnliche Ereignisse oder Zustände sein müssen, ergibt sich hieraus von selbst; es sind hieher Abwesenheit, längeres Kranksein u. s. w. zu rechnen[46]).

Gegen diesen Beweis steht sodann Demjenigen, welcher sich auf den Eintrag stützt, der Gegenbeweis zu; dieser kann sich auf die Unwahrheit der behaupteten besonderen Umstände, oder auch darauf richten, daß der Dritte demohngeachtet den Eintrag wirklich gekannt[47]), oder doch wenigstens von der Thatsache selbst Wissenschaft erlangt habe[48]).

Die Anwendung dieser allgemeinen Sätze auf die einzelnen Fälle der

---

[44]) Hiefür kann nicht dem Gegentheile noch besonderer Beweis aufgelegt werden; was v. Hahn (S. 45 unter b) anführt, ist Beweis der geschehenen Veröffentlichung.

[45]) Das im Gesetze gebrauchte Wort „Annahme" soll nach dem Prot. S. 4512 gleichbedeutend mit „Ueberzeugung" sein.

[46]) Ist aber der abwesend Gewesene zurückgekehrt, der Kranke genesen und hat gehandelt, ohne sich über das während seiner Abwesenheit oder Krankheit Vorgefallene zu vergewissern, so wird in der Regel die Unkenntniß nicht entschuldbar sein.

[47]) Geständnisse in Briefen, im Gespräche, ferner Zeugen, welche ihn davon benachrichtigt haben u. s. w.

[48]) Dieser Gegenbeweis fällt dann mit dem primären Beweise Desjenigen zusammen, welcher die Kenntniß des Nichteintrages behauptet.

Aenderung oder des Erlöschens einer Firma oder einer Prokura ergibt sich von selbst und bedarf deshalb keiner weiteren Erörterung.

Art. 12.

Bei jedem Handelsgerichte ist ein Handelsregister zu führen, in welches die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen aufzunehmen sind.

Das Handelsregister ist öffentlich. Die Einsicht desselben ist während der gewöhnlichen Dienststunden einem Jeden gestattet. Auch kann von den Eintragungen gegen Erlegung der Kosten eine Abschrift gefordert werden, die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

Pr. E. Art. 8 I. E. Art. 8. II. E. Art. 11. Prot. S. 21, 893.

1) Bei jedem Handelsgerichte.

Unter „Handelsgerichten" sind hier diejenigen Gerichte verstanden, die als Spezialgerichte zur Behandlung der Handelssachen errichtet sind, nicht also jene Gerichte, welchen nur ausnahmsweise (Art. 64 Abs. 2 des Bayer. Einf.-Ges.) die Aburtheilung einzelner Handelssachen überlassen ist. Ferner sind selbstverständlich nur die Handelsgerichte erster Instanz gemeint. Ob ein Handelsgericht nur einen oder mehrere Gerichtsbezirke umfaßt, ist gleichgültig; auch im letzteren Falle wird nur ein einziges Handelsregister geführt[1]). Dagegen scheidet sich das Register seinem materiellen Inhalte nach in das eigentliche Firmenregister und in das Gesellschaftsregister. Die Art und Weise der Führung dieser beiden Register zu bestimmen ist den Landesgesetzgebungen überlassen[2]).

---

[1]) Bayerische Instruktion über Führung der Handelsregister vom 30. April 1862 §. 1. — Wenn in Preußen im Bezirke eines Kreisgerichtes eine ständige Deputation errichtet ist, so hat die letztere das Handelsregister für ihren Sprengel zu führen. Dagegen bleiben die bloßen Kreisgerichtskommissionen von der Führung der Register ausgeschlossen. Instruktion vom 12. Dezember 1861 §. 1.

[2]) In Bayern regelt das Einführungsgesetz Art. 9 und die Instruktion vom 30. März 1862 die Art und Weise der Registerführung. Vgl. hierüber den Kommentar zum Einf.-Ges. S. 63 ff.

2) Die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen[3]).

I. Gegenstand der Eintragung ist:

a) Begründung einer Firma[4]);

b) Aenderung der Firma[5]) oder ihres Inhabers[6]);

c) Erlöschen der Firma;

d) Ertheilung einer Prokura;

e) Aufhebung der Prokura;

f) Errichtung oder Auflösung einer Handelsgesellschaft[7]); bei Aktiengesellschaften auch die Bestellung des Vorstandes[7a]);

g) gewisse Veränderungen in dem Bestande der offenen oder Kommanditgesellschaft, nämlich Eintritt und Austritt von Gesellschaftern[8]), Entziehung oder Ertheilung der Vertretungsbefugniß an einzelne Gesellschafter;

h) jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien; insbesondere die Aenderung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und die theilweise Zurückzahlung des Kapitales der Kommanditaktionäre oder des Grundkapitales einer Aktiengesellschaft an die Aktionäre;

i) die Ernennung eines Liquidators, das Aufhören dieser Eigenschaft[9]).

---

[3]) Bei den Berathungen (Prot. S. 21) war angeregt worden, die Aufzählung in das Gesetz selbst aufzunehmen; allein die Redaktionskommission nahm die einzelnen Fälle nicht auf. (Vgl. Anmerk. zu Seite 143 des Beil. Bd. I.)

[4]) Hieher gehört auch die Errichtung eines Zweigetablissements, da in diesem Falle die Firma als an dem Orte des letzteren gleichfalls begründet angesehen werden muß. Ueber die verschiedenen Streitfragen siehe die Erläuterungen zu Art. 19 und 21.

[5]) Sowohl beim Einzelkaufmanne, wie bei den Gesellschaften, bei letzteren auch die Verlegung des Gesellschaftssitzes.

[6]) Dahin gehört insbesondere der Uebergang des Geschäftes mit der Firma an einen Dritten.

[7]) Einer offenen (Art. 36), einer Kommanditgesellschaft (Art. 152), einer Aktiengesellschaft (Art. 210), einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 176); die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu Handelsgeschäften sind als solche nicht anzumelden, wohl aber wenn dabei ein Etablissement besteht, dessen Firma.

[7a]) Ueber die Eintragung des Konkurses von Amtswegen s. bayer. Instr. vom 30. April 1862 §. 17 und Preuß. Einf.-Ges. Art. 13, dann Note 3 auf S. 128.

[8]) Dahin gehört auch die Ausschließung eines offenen Gesellschafters (Art. 129), das Ausscheiden eines persönlich haftenden Kommanditgesellschafters (Art. 170), das gänzliche oder theilweise Ausscheiden eines Kommanditisten (Art. 171).

[9]) Bei der offenen Gesellschaft (Art. 135), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 172),

Durch die Einführungsgesetze können die Gegenstände der Eintragung noch vermehrt werden[10]).

Damit diese Eintragungen auch wirklich erfolgen, ist die unterlassene Anmeldung mit Ordnungsstrafen bedroht[11]). Solche Androhungen enthalten die Artikel 26, 45, 89, 129, 135, 154, 155, 171, 179, 212, 228, 233, 243, 244, 247, 251[12]). Ueber die Höhe und Art dieser Strafen hat das Gesetzbuch jedoch Nichts bestimmt, nur hielt man innerhalb der Kommission[13]) für selbstverständlich, daß die Strafen zunächst in Geldstrafen zu bestehen hätten. Diesem zufolge bestimmt denn auch das Bayerische Einf.-Ges. Art. 18, daß die bis zu 300 fl. reichende Ordnungsstrafe nicht in Freiheitsstrafe umgewandelt werden dürfe. Ebenso das Preußische Einf.-Ges. Art. 5 §. 7 (Geldbuße von 5 bis 200 Thlr., nicht Gefängnißstrafe).

II. Nur die im Gesetzbuche ausdrücklich zur Eintragung vorgeschriebenen Thatsachen dürfen in das Handelsregister eingetragen werden.

Die Motive zum Pr. E. S. 10 sagen hierüber Folgendes: Der Kreis der Thatsachen, welche sich zur Eintragung in das Handelsregister eignen, muß ein gesetzlich begrenzter sein. Es kann nicht zugegeben werden, daß es jedem Kaufmanne frei stehe, beliebige Thatsachen durch das Handelsregister zu veröffentlichen, welche Dritten entgegenzusetzen vielleicht in seinem Interesse liegt. Abgesehen davon, daß dadurch leicht eine Ueberfüllung der Handelsregister zu befürchten stände, und die Handelswelt in die den Verkehr im höchsten Grade störende Nothwendigkeit versetzt würde, bei jedem Geschäfte zahllose Vermerke der einzelnen Handelsregister durchzusehen, ist der Grund entscheidend, daß die Wirkung der Bekanntmachungen durch das Handelsregister immerhin auf einer Fiktion beruht, welche möglicher-

---

bei der Aktiengesellschaft (Art. 244), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 205).

[10]) So schreibt der Art. 10 des Preuß. Einf.-Ges. die Eintragung in das Handelsregister und die Veröffentlichung nach Maßgabe des Art. 13 des HGB. auch für die Verträge unter kaufmännischen Ehegatten vor, durch welche die Gütergemeinschaft oder die Erwerbsgemeinschaft unter ihnen ausgeschlossen werden soll. S. unten Note 22. Vgl. auch noch in Betreff des Bezirks des Rheinischen Appellgerichtshofes Art. 42 des Pr. E.-G.

[11]) Ueber das Verfahren siehe den Kommentar zu Art. 10 ff. des Einf.-Ges.

[12]) Im Hahn'schen Kommentar ist der Art. 198, nicht aber Art. 251, aufgeführt. Der Art. 437 spricht von der Strafe wegen unterlassener Eintragung in das Schiffsregister.

[13]) Nach dem Zeugnisse von Hahn S. 49.

weise mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt, eine solche Fiktion darf aber nur da zugelassen werden, wo eine gesetzliche Nothwendigkeit für dieselbe vorliegt.

Dieser letztere Grund ist nun zwar nicht vollkommen stichhaltig; allein die Richtigkeit des Satzes selbst ergibt sich schon daraus [14]), daß im Gesetze alle Einträge in das Register bei Strafe und zum Theile bei Vermeidung schwerer Rechtsfolgen geboten sind, von blos gestatteten aber nirgends die Rede ist, demnach die öffentliche Autorität des Handelsregisters auf andere als die ausdrücklich zur Eintragung vorgeschriebenen Einträge sich nicht erstreckt und in Folge dessen eine Vermischung der gebotenen und nichtgebotenen Eintragungen Unsicherheit und Verwirrung erzeugen würde, während gerade das Handelsregister dem Handelsverkehre die höchstmögliche Sicherheit gewähren soll. Der oben ausgesprochene Satz wurde denn auch im Laufe der Berathungen dadurch anerkannt [15]), daß auf Anregung der Frage, ob auch die Eintragung aller Vollmachten, welche nicht Prokuren sind, in ein hiefür bestimmtes Repertorium bei den Handelsgerichten verlangt oder freigelassen werden solle, mit 14 gegen 1 Stimme beschlossen wurde: es seien für freiwillige Einträge Register nicht zu eröffnen.

An diesem Grundsatze hat auch die Praxis bisher festgehalten; es gründen sich darauf folgende Entscheidungen:

a) Es ist unzulässig, Beamte und Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft [16]), wie ausgedehnt auch ihre Vollmacht und Vertretungsbefugniß sei, in das Handelsregister einzutragen.

Erk. des HAG. zu Nürnberg, Busch Archiv Bd. I S. 535.

b) Durch das Handelsregister kann nicht veröffentlicht werden, wer bei einer Aktiengesellschaft die Zeichnung eines Beamten der Gesellschaft zu kontrasigniren hat [17]).

Beschluß des HG. zu Köln, Busch Archiv Bd. II S. 175.

---

[14]) Vgl. Entsch. des k. b. Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg vom 6. Juli 1863 (Sammlung handelsger. Entscheid. Bd. I S. 209).

[15]) Prot. S. 88.

[16]) Insbesondere also auch nicht die sog. Geranten, wenn diese nur Handlungsbevollmächtigte sind. Wenn sie aber wirklich zum Vorstande der Gesellschaft gehören, so sind sie mit diesem, nicht als Geranten einzutragen. Vgl. auch Centralorgan Bd. II S. 141 und Neue Folge Bd. I S. 245.

[17]) Denn hierin liegt nicht eine Bestimmung über die Form, in welcher der Vorstand seine Willenserklärung abgibt, sondern eine Modifikation der Vollmacht und Zeichnung eines Beamten.

c) Anmeldungen erst bevorstehender Veränderungen in den Firmen- und Gesellschaftsverhältnissen können nicht eingetragen werden.

Erk. des Breslauer Appellgerichtes, Centralorgan N. F. Bd. I S. 575[18]).

III. Der Entwurf erster Lesung hatte in den Art. 13 — 15 incl.[19]) die Veröffentlichung des ehelichen Güterrechtes durch das Handelsregister für jene Fälle vorgeschrieben, in denen durch Vertrag eine Abänderung der Haftung des Vermögens der Ehefrau nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetze oder Gewohnheitsrechte festgesetzt werden sollte. Für den Kredit und zur Verhütung von Täuschungen der Gläubiger wäre es nun allerdings höchst zweckmäßig, wenn Jedem, welcher sich mit einem verheiratheten Kaufmanne in Geschäfte einläßt, die Möglichkeit gegeben wäre, sich vor einer ihm nachtheiligen Bevorzugung der Ehefrau sicher zu wissen. Allein es läßt sich nicht verkennen, daß mit den obigen Sätzen dem Verkehre sehr wenig gedient sein würde.

Der Referent der Kommission (Dr. Heimsoeth) bemerkte mit Recht[20]): „Nach diesen Bestimmungen würde es hauptsächlich die Aufgabe der Ehefrau sein, auf die Veröffentlichung der ehelichen Gütterrechte zu bringen; dadurch aber wäre dieselbe in die ihrer sittlichen Stellung wenig entsprechende Lage gebracht, dem Manne entgegen zu treten und dessen Kredit zu gefährden, worunter auch sie selbst mittelbar leiden würde. In vielen Fällen würde sich die Frau lieber den künftigen Vermögensnachtheilen aussetzen und deshalb die Veröffentlichung unterlassen. Aber auch den Gläubigern gegenüber würde das Verhältniß ein sehr verfängliches werden; unter einer Abweichung vom gesetzlichen Güterrechte sei sowohl die Einführung der Gütergemeinschaft, als die Abänderung einer gewissen Art von Gütergemeinschaft als die Ausschließung der Gütergemeinschaft einbegriffen; es werde demnach eine unbestimmte Menge von Fällen, z. B. Wechsel des Domizils, Aenderung der Gesetzgebung, Testament oder Schenkung eines Dritten in den Kreis der Eintragungen gezogen. Ueberdieß würden im Falle der Annahme einer Gütergemeinschaft beinahe unlösbare Schwierigkeiten sich ergeben.

---

[18]) Vgl. auch Bd. I S. 282.

[19]) Entsprechend dem Art. 12 ff. des Pr. E., doch hatten diese die Pflicht, den Vertrag beim Handelsregister anzumelden, lediglich den Gerichten und Notaren aufgelegt, und als Präjudiz für den Unterlassungsfall dem Ehemanne im Falle der Zahlungseinstellung die Strafe des einfachen Bankerottes angedroht.

[20]) Protokolle S. 907.

Ein weiteres hauptsächliches Bedenken würde beim Konkurse hervortreten, indem man den obigen Bestimmungen zufolge zweierlei Gläubiger haben würde, solche, welche die Wirksamkeit der abgeschlossenen Güterrechtsverträge oder sonstiger Abweichungen vom gesetzlichen Güterrechte gegen sich gelten lassen müßten, und andere Gläubiger, welche die Fortdauer anderer Bestimmungen für sich geltend machen dürften; ja unter Umständen, beim Wechsel des Domizils, könne es dann sogar zu einer Reihe verschiedener Klassen von Gläubigern kommen. Dadurch gehe die Möglichkeit eines gerichtlichen Akkordes verloren, da dieser eine Gleichberechtigung der Gläubiger voraussetze, werde auch [21]) die Behandlung der Konkurse eine sehr schwierige werden."

Eine durchgreifende Hülfe läßt sich durch derartige formale Vorschriften nicht erreichen, sondern nur durch eine entsprechende Aenderung des ehelichen Güterrechtes selbst; insbesondere durch die Einführung einer durch Vertrag gar nicht ausschließbaren Mithaftung des Vermögens der Ehefrau eines Kaufmannes.

Es wurden deshalb auch die vorgeschlagenen Artikel verworfen und besteht nach dem Handelsgesetzbuche keinerlei Berechtigung oder Verpflichtung, hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Ehefrau irgend einen Eintrag im Handelsregister zu machen [22]).

2) Das Handelsregister ist öffentlich.

Dieser Satz bildet das Prinzip für die beiden folgenden Vorschriften, zugleich aber auch für die den Einträgen in das Handelsregister beigelegten Wirkungen. Die Publizität allein ist es, welche als Grund angesehen werden muß, weshalb die im Register eingetragenen Thatsachen, ohne daß die Eintragung selbst denselben eine gesteigerte rechtliche Bedeutung gibt, dennoch von rechtlichen Folgen sind [23]).

---

[21]) Die trefflichen Ausführungen des Bremer Abgeordneten Dr. Heinecken (Prot. S. 911 ff.) deuten eben dahin.

[22]) Anders verhält sich dieß nach Preußischem Landrecht. Zufolge des A. L. R. Th. II Tit. I §. 345 bildet allerdings im Allgemeinen die Gütergemeinschaft auch für Kaufleute nicht die Regel; wo aber Partikularstatuten, Gewohnheitsrecht oder Herkommen dieses Güterrecht für das gesetzliche erklären — dieß ist, soweit in Bayern Preußisches LR. als subsidiäres Recht gilt, z. B. der Fall im Ansbachischen, Bayreuthischen, Bambergischen, Eichstättischen, Dinkelsbühl, Fürth, Pappenheim, Weißenburg u. s. w. — ist nach §. 422 der Ausschluß der Gütergemeinschaft öffentlich bekannt zu machen und nach §. 423 bei Kaufleuten auch noch an der Börse anzuschlagen. An Stelle dieser letzteren Bestimmung schreibt das Preußische Einf.-Ges. in Art. 20 den Eintrag im Handelsregister und die Veröffentlichung nach Art. 13 des a. d. HGB. vor.

[23]) Vgl. das Nähere in der Einleitung.

Es ergibt sich nun die Frage: was ist anzunehmen, wenn der Registereintrag und die öffentliche Bekanntmachung nicht übereinstimmen?

Im holländischen Handelsgesetzbuche (Art. 29) und in dem Entwurfe des Reichshandelsgesetzbuches (Tit. III. Art. 12) ist dieser Fall ausdrücklich entschieden, und zwar dahin, daß rücksichtlich Dritter nicht dem Eintrage sondern der öffentlichen Bekanntmachung der Vorzug ertheilt ist. Der preußische Entwurf, davon ausgehend, daß sich dieselbe Bestimmung schon aus seinem Art. 11 (siehe oben) ergebe, hatte sich darüber nicht ausdrücklich ausgesprochen (Motive S. 11). Auch nach der jetzigen Fassung der Artikel des GB. dürfte die obige Entscheidung nicht als gerechtfertigt anzusehen sein[24]). Die Eintragung ist hiernach allerdings das Maßgebende, die Errichtung eines Registers erscheint als der eigentliche Zweck des Gesetzes und als die Grundlage der rechtlichen Wirkungen[25]). Für den guten Glauben des Dritten dagegen wird lediglich der Inhalt der Veröffentlichung von Bedeutung sein und es wird in der Regel angenommen werden müssen, daß sich seine Wissenschaft nur auf den Inhalt der Bekanntmachung erstrecke. Gesetzt den Fall, A nimmt die dem B und C ertheilte Prokura zurück und solches wird im Register eingetragen, in der Veröffentlichung aber bleibt aus Versehen der Name C aus, so kann offenbar nicht Abs. 2 des Art. 46, sondern nur der Abs. 1 in Anwendung gebracht werden.

5) Die Einsicht desselben.

Das Recht der Einsichtnahme erstreckt sich nicht nur auf das Register selbst, sondern auch auf die Beilagen des Registers, auf jene Urkunden und Belege, auf welchen dasselbe beruht[26]). Zweifelhafter ist, ob hiemit auch die Befugniß allgemein eingeräumt sei, die Akten selbst, in welchen die Eintragung verhandelt worden ist, einzusehen und etwa Abschriften davon zu

---

[24]) In den Prot. S. 898 ist die Aeußerung eines Mitgliedes erwähnt, „es könne dem Eintragenden gegenüber nicht von Einfluß sein, wenn die Publikation aus Versehen unterlassen werde;" allein dieselbe fand keine Berücksichtigung.

[25]) Daher z. B. in den Fällen des Art. 163, 178, 211 nur von der Eintragung, nicht von der Veröffentlichung gesprochen wird.

[26]) Busch im Archiv Bd. I S. 171 u. Endemann Handbuch S. 102 Note 9 beziehen sich hiefür auf die Protokolle S. 918. An dieser Stelle wird davon gesprochen, daß in Hamburg und Bremen das Publikum von der Befugniß, „die Eingaben oder Protokolle über die Verhältnisse der Gesellschafter, sowie die Prokuren und Handschriften nachzusehen" vielfältig Gebrauch mache, und sodann das Recht des Publikums auf Einsicht, „Unterlage und Belege der Einträge" ausdrücklich konstatirt.

nehmen. Es kann hiebei Mancherlei vorgekommen sein, was den Dritten in keiner Weise angeht und was den Kredit des Kaufmanns oder der Gesellschaft wesentlich zu beeinträchtigen geeignet sein würde.

Im Hinblicke darauf, daß ein bloß neugieriges Nachsehen Seitens uninteressirter Dritter (wenn es auch in thesi denkbar ist) in der Wirklichkeit nicht häufig vorzukommen pflegt, daß es sich Jedermann gefallen lassen muß, wenn die Art und Weise, wie er oder seine Mitbetheiligten gehandelt und sich bei Gericht erklärt haben, ihm Nachtheil bringt, daß endlich eine Ausscheidung derjenigen Belege, welche eingesehen werden dürfen oder nicht, eine dem Wesen des Handelsverkehres, der sich frei bewegen muß, widerstreitende Gerichtsbevormundung in sich schließen würde, wird die Ansicht als gerechtfertigt erachtet werden müssen, daß der Gesammtinhalt der Handelsregisterakten öffentlich ist.

6) In den gewöhnlichen Dienststunden.

Bei der ersten Lesung war die Streichung dieser Worte um deswillen beantragt, weil die Bestimmuug darüber den einzelnen Gerichten zu überlassen sei, und weil jene Worte leicht zu der irrigen Ansicht führen könnten, als brauchten selbst in dringenden Fällen die Register außer der Dienstzeit nicht zur Einsicht vorgelegt zu werden. Obwohl nun die Kommission auf eine Streichung nicht einging, wurde doch, weil damit nur ein Minimum festgesetzt und eine Garantie für die Oeffentlichkeit der Register gegeben sei, als selbstverständlich erklärt, daß in dringenden Fällen die Einsicht auch außer den gewöhnlichen Dienststunden zu gestatten sei.

Dieser Konstatirung zufolge wird denn auch von der Mehrzahl der Schriftsteller die allgemeine Befugniß, in dringenden Fällen jederzeit das Register einzusehen, vertheidigt.

Endemann, Handbuch S. 102 Note 10.
v. Hahn, Kommentar S. 52 §. 6.
v. Kräwel, Kommentar S. 31.

Dagegen erklärt Busch (im Archiv Bd. I S. 171) diese Ansicht für unrichtig; dem klaren Gesetzestexte gegenüber, welcher die Handelsgerichte zu weiter Nichts, als zur Vorlegung der Handelsregister während der Dienststunden verpflichte, könne eine Ansicht der Kommission nicht entscheiden; es sei kein Kriterium gegeben, welche Fälle dringend, welche nicht dringend seien; es sei sogar zu bezweifeln, daß dringende Fälle in diesem Gebiete überhaupt vorkommen könnten.

Eine Mittelmeinung dürfte wohl am meisten für sich haben. Wenn die Gerichtslokalitäten geöffnet, wenn der mit der Verwahrung der Register beauftragte Beamte anwesend ist, so wird er sich nicht weigern dürfen,

die Einsicht der Register im Bedürfnißfalle zu gestatten, wenn auch nicht gerade gewöhnliche Dienstzeit ist. Hiebei wird eine ängstliche Untersuchung und engherzige Beurtheilung, ob ein Fall dringend sei, unterlassen werden müssen und nur ein offenbar muthwilliges und aus Chikane gestelltes Verlangen wäre zurückzuweisen[27]).

Ist dagegen das Gerichtslokal geschlossen, der betreffende Beamte abwesend, so kann der Partei ein Recht, die Oeffnung des Lokales u. s. w. zu verlangen, nicht eingeräumt werden.

Die bayerische Instruktion vom 30. April 1862 §. 43 Abs. 2 und die preußische v. 12. Dezember 1861 Nr. III nennen lediglich die gewöhnlichen Dienststunden[28]).

7) Einem Jeden gestattet.

Das Gesetz geht von der ganz richtigen Ansicht aus, daß ohnehin Niemand kommen wird, um die Handelsregister einzusehen, der kein Interesse daran hat, ihren Inhalt zu kennen. Der Richter hat deshalb kein Recht und keine Verpflichtung, sich zu vergewissern, ob es nicht leere Neugierde ist, welche die Einsicht veranlaßt. Selbst eine Besorgniß möglichen Mißbrauches könnte die Zurückweisung des Einsichtsuchenden nicht rechtfertigen.

Die allgemeine Befugniß, das Register einzusehen, schließt aber nicht zugleich die Beseitigung jeder Controle aus. Vielmehr wird dafür Sorge getragen werden müssen, daß eine Beschädigung der Register und insbesondere der Urkunden nicht stattfinden kann. Selbstverständlich wird der Beamte aber ebenso absolute Sorglosigkeit wie unnöthige Aengstlichkeit zu vermeiden wissen.

8) Von den Eintragungen.

Auch hier werden die Urkunden, welche als Belege des Registers dienen, mitinbegriffen zu erachten sein; auch von diesen kann Abschrift begehrt werden.

Desgleichen erstreckt sich dieses Recht auf den ganzen Inhalt des Registers, und es darf dem Art. 12 Abs. 2 nicht etwa der Sinn unterlegt

---

27) Da das Register in Verwahrung des Sekretärs oder Gerichtsschreibers ist, die Führung aber dem Richter obliegt, müßte eigentlich die Entscheidung der Frage der Dringlichkeit stets dem letzteren überlassen werden. Allein die Praxis wird auch hievon Umgang nehmen; wenn überhaupt ein Beamter da ist und es kommt Jemand mit plausibelem Interesse außer der Dienstzeit, so wird man ihm eben die Einsicht kurzer Hand gestatten.

28) Andere Einführungsgesetze haben den Fall vorgesehen, z. B. das Oesterreichische §. 18.

werden, daß nur ein Kaufmann dieß verlangen und daß nur bezüglich des ihn selbst betreffenden Eintrages eine Abschrift genommen werden dürfe.

9) Gegen Erlegung der Kosten.

In den Protokollen S. 22 wurde konstatirt, daß aus diesen Worten nicht mittelst des argumentum e contrario darauf geschlossen werden dürfe, als ob die Eintragung von Amtswegen und kostenfrei geschehen müsse[29]).

10) Abschrift.

Das HGB. erwähnt nur einer Abschrift der Eintragungen und demnach ist nach dem Gesetze das Handelsgericht ausdrücklich nur eine solche zu ertheilen verpflichtet und berechtigt. Ob auch ein Zeugniß zu verlangen gestattet sei, ist zweifelhaft, und es fragt sich, ob eine Verpflichtung dazu mit Rücksicht auf die übrige Geschäftsaufgabe der Handelsgerichte und auf die aus der Ausstellung eines Zeugnisses entspringende Haftpflicht dem Richter zugemuthet werden kann, insbesondere, ob darüber, was etwa nicht in das Handelsregister eingetragen ist, oder auch nur wenigstens über die Nichteristenz eines bestimmten Eintrages förmliche gerichtliche Zeugnisse ausgestellt werden dürfen oder müssen; denn selbst darüber, wie ein wirklicher Eintrag lautet, sind keine handelsgerichtlichen Zeugnisse auszustellen, vielmehr ist für derartige Konstatirungen lediglich die Form der Ertheilung von beglaubigten Auszügen vorgeschrieben[30]). Eine Gefährdung des Publikums kann allerdings durch die Verneinung dieser Verpflichtung nicht herbeigeführt werden; denn wenn es zu dem Zwecke, welchen ein derartiges Zeugniß über die Nichteristenz erreichen soll, nicht genügt, sich auf die gesammten Veröffentlichungen in den hiefür bestimmten Zeitungen zu beziehen, so kann der Betheiligte das Handelsregister durch einen Notar einsehen und die erforderliche Konstatirung vornehmen lassen.

Allein demohngeachtet wird man sich im Interesse des Publikums für die Bejahung der aufgeführten Frage aussprechen müssen, wie denn auch die Preußische Instruktion vom 12. Dezember 1861 §. 15 die Ausdrücke:

---

[29]) In einem Erkenntnisse vom 18. Dezember 1865 hat der oberste Gerichtshof zu München als Kompetenz-Konfliktensenat entschieden, daß zur Entscheidung der Frage über die Tax- und Stempelpflichtigkeit der Vormerkung einer Firma zum Eintrage in das Handelsregister nicht die Gerichte, sondern die Finanzbehörden zuständig seien.

[30]) Erk. des k. HAG. zu Nürnberg: Sammlung Bd. I. S. 438. Der Fall war folgender: Kaufmann J. F. zu X. besaß einen Schuldschein des A., welcher aber die Firma J. F. u. Cpie. zu X. als Gläubiger benannte. Um nun darzuthun, daß dieß nur ein Schreibverstoß sei, begehrte J. F. ein Zeugniß, daß zu X. eine Firma J. F. u. Cpie. gar nicht existire.

Abschriften, Atteste, Auszüge als gleichbedeutend annimmt und bestimmt: „in gleicher Form hat das Gericht auf Verlangen ein Attest darüber zu ertheilen, daß eine bestimmte Eintragung in das Handesregister nicht geschehen, oder daß seit der Ertheilung eines Attestes eine auf dessen Inhalt sich beziehende Thatsache oder Aenderung nicht eingetragen sei".

11) Die auf Verlangen zu beglaubigen ist.

In der Regel werden die Originale der als Belege dienenden Urkunden bei Gericht zu verbleiben haben, und es wird auf Verlangen eine beglaubigte Abschrift zurückzugeben sein. Unter Umständen kann aber dem Betheiligten der Besitz des Originales unumgänglich nöthig sein. In diesem Falle ist die beglaubigte Abschrift bei den Belegen zurückzubehalten. (Bayerische Instruktion vom 30. April 1862.) Die Beglaubigung findet in beiden Fällen nicht von einem Notare, sondern von dem Handelsgerichte selbst statt.

Art. 13.

Die Eintragungen in das Handelsregister sind von dem Handelsgerichte, sofern nicht in diesem Gesetzbuche in einzelnen Fällen ausdrücklich ein Anderes bestimmt ist, nach ihrem ganzen Inhalte durch eine oder mehrere Anzeigen in öffentlichen Blättern ohne Verzug bekannt zu machen.

Pr. E. Art. 9. I. E. Art. 9. II. E. Art. 12. Prot. S. 61. 895.

1) Nach ihrem ganzen Inhalte.

Regel ist, daß überall, wo ein Eintrag in das Handelsregister statt findet, der ganze Inhalt desselben durch das Handelsgericht publizirt werden muß; Ausnahmen sind nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen gestattet, in welchen eine Publikation des Eintrages durch das Handelsgericht überhaupt erlassen oder eine Veröffentlichung im Auszuge angeordnet ist (Prot. S. 61). Der erste Fall tritt ein: nach Art. 151 Abs. 3, Art. 155 Abs. 2, Art. 156 u. Art. 171 Abs. 2, in welchen bestimmt ist, daß Name, Stand und Wohnort des Kommanditisten [1]), sowie

---

[1]) Der stille Gesellschafter wird ohnehin in das Handelsregister nicht eingetragen.

der Betrag seiner Vermögenseinlage nicht veröffentlicht werden soll [2]), ferner nach der bayerischen Instruktion, wenn über eine Handelsgesellschaft oder einen Einzelkaufmann der Konkurs eröffnet wird [3]).

Die Veröffentlichung eines Auszuges ist angeordnet:

in Art. 176 u. Art. 198 Abs. 2 bezüglich der Errichtung und Abänderung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner

in Art. 210 und Art. 214 Abs. 2 hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft.

In welcher Weise dieser Auszug gefaßt sein muß, ergibt sich aus den Bestimmungen des Gesetzbuches (Art. 176 und 210). Derselbe hat diesen nach zu enthalten [4]):

a) bei Aktiengesellschaften:

1) die Firma;

2) den Ort, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat [5]), und die Orte, wo sich ihre etwaigen Zweigniederlassungen befinden;

---

[2]) Die Veröffentlichung der Thatsache des Eintrittes und Austrittes eines Kommanditisten dagegen ist, wie Hahn S. 53. richtig bemerkt, stets geboten.

[3]) §. 17 der bayerischen Instruktion vom 30. April 1862 lautet:

Wird über eine Handelsgesellschaft oder über einen Einzelkaufmann der Konkurs eröffnet, so ist dieß in das Handelsregister in der fünften Kolumne einzutragen; es unterbleibt aber die Veröffentlichung der Eintragung. Nach dem Preußischen Einführungsgesetze Art. 13 findet die Eintragung von Amtswegen nur beim Konkurse einer Handelsgesellschaft statt, aber die Bekanntmachung der Eintragung in den öffentlichen Blättern unterbleibt ebenfalls. Der Grund dieser Nichtveröffentlichung liegt darin, daß der Konkurs schon durch die Konkursproklamation bekannt gemacht wird.

[4]) Instruktion vom 30. April 1862 §. 9.

[5]) Ueber die Bedeutung dieser Bestimmung besagt ein Erk. des HAG. zu Nürnberg vom 19. Februar 1863 (Sammlung handelsger. Erk. Bd. I S. 181) Folgendes:

Der Ausdruck „Sitz der Gesellschaft" ist in das a. d. HGB. erst in der dritten Lesung aufgenommen worden; der Pr. E. hatte statt dessen gesetzt „Hauptniederlassung", im I. und II. E. stand einfach „Niederlassung". Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß als Sitz der Gesellschaft deren Hauptniederlassung anzusehen ist, und hieraus folgt weiter, daß dieser Sitz nicht beliebig bestimmt werden kann, sondern durch die faktischen Verhältnisse gegeben ist; es ist als Hauptniederlassung der Mittelpunkt der kaufmännischen Geschäftsführung des Verkehres nach Außen der Sitz des Komptoirs, der Kassa und Buchführung der Gesellschaft zu verstehen. (Vgl. dieselbe Auffassung im Erk. des Danziger Kommerz- und Admiralitätskollegiums in Busch Archiv Bd. I S. 395.)

Wenn nun auch der Art. 209 des a. d. HGB. anordnet, daß der Ge-

3) die Bezeichnung der Gesellschaft als Aktiengesellschaft;

4) das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;

5) die Bezeichnung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft;

6) die Bestimmungen über deren Dauer;

7) die Höhe des Grundkapitales und die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über Zahl und Betrag der Aktien und Aktienantheile;

8) die Eigenschaft der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt werden sollen, ingleichen die etwa bestimmte Zahl der einen oder anderen Art sowie die etwa zugelassene Umwandlung derselben;

9) die Namen und Vornamen, den Stand und Wohnort der Mitglieder des Vorstandes und die etwaigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Form, in welcher der Vorstand seine Willensmeinung kund gibt und für die Gesellschaft zeichnet;

10) die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen sollen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

b) Bei Commanditgesellschaften auf Aktien:

1) die Firma;

2) der Ort, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat und die Orte, wo sich ihre etwaigen Zweigniederlassungen befinden;

3) die Bezeichnung der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft auf Aktien;

4) das Datum des Gesellschaftsvertrages und der Genehmigungsurkunde;

5) die Bezeichnung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft;

6) die Bestimmung über deren Dauer;

7) die Zahl und den Betrag der Aktien und Aktienantheile;

8) die Namen und Vornamen, den Stand und Wohnort der persönlich haftenden Gesellschafter und die etwaigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über deren Befugniß, Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abzuschließen;

9) die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

---

sellschaftsvertrag unter anderem „den Sitz der Gesellschaft" zu bestimmen habe, so sollte damit keineswegs das Recht eingeräumt werden, diesen Sitz willkürlich zu erwählen, sondern es ist darin nur die Vorschrift gegeben, daß in dem Vertrage ausgesprochen sein müsse, an welchem Orte die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung begründen wolle.

2) Eine oder mehrere Anzeigen.

Es ist in dem Gesetze nicht ausgesprochen, wie oft eine Veröffentlichung des Eintrages stattzufinden habe; das vernünftige Ermessen des Richters und das Verlangen der Partei hat zu entscheiden, ob eine einmalige Inserirung genüge oder nicht [6]. Hiebei wird als Grundsatz anzunehmen sein, daß der Richter auch gegen den Willen der Partei eine mehrmalige Bekanntmachung anordnen kann, wenn er solches im Interesse des Verkehres für geboten erachtet, dagegen aber eine von ihm nicht für nöthig erachtete Wiederholung, soferne die Partei dieselbe begehrt, nicht verweigern darf.

3) In öffentlichen Blättern.

Bei der zweiten Lesung [7] wurde beschlossen, zu Protokoll auszusprechen: Die Partikulargesetzgebungen können auch anordnen, daß die Veröffentlichung der Einträge in das Handelsregister neben der im vorstehenden Artikel angeordneten Art der Publikation immer auch durch Börsenanschlag erfolgen müsse, da eine solche Bestimmung, ohne die Vorschrift des Gesetzes zu alteriren, vielmehr unter Festhaltung derselben nur darauf abziele, die Eintragungen in möglichst weiten Kreisen bekannt werden zu lassen, dieser Zweck aber an Orten, wo Börsen beständen, am sichersten durch Anschlag an der Börse erreicht würde [8].

4) Ohne Verzug.

Die sofortige Bekanntmachung ist für den Kaufmannsstand vom höchsten Interesse; es ist deshalb der rasche Abdruck genau zu überwachen. Vgl. Note 4 zu Art. 14.

5) Bekannt zu machen.

In den Protokollen (S. 64) ist bemerkt, daß die Kosten für diese Bekanntmachungen von denjenigen zu tragen sind, welche die Eintragungen veranlaßt haben.

---

[6] Mit Recht macht Hahn S. 53 darauf aufmerksam, daß im Zweifel die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses öfter bekannt zu machen sein wird, als die Konstituirung. Denn auf ein einmal bekannt gemachtes Verhältniß verläßt sich Jedermann so lange, als er nicht von dem Gegentheile Kenntniß erhält.

[7] Prot. S. 895.

[8] In Frankfurt am Main besteht dieser Usus seit etwa 100 Jahren und hat sich vollkommen bewährt.

Art. 14.

Jedes Handelsgericht hat für seinen Bezirk alljährlich im Monat Dezember die öffentlichen Blätter zu bestimmen, in welchen im Laufe des nächstfolgenden Jahres die im Art. 13 vorgeschriebenen Bekanntmachungen erfolgen sollen. Der Beschluß ist in einem oder mehreren öffentlichen Blättern bekannt zu machen.

Wenn eines der bestimmten Blätter im Laufe des Jahres zu erscheinen aufhört, so hat das Gericht ein anderes Blatt an dessen Stelle zu bestimmen und öffentlich bekannt zu machen.

In wie fern die Gerichte bei der Wahl der zu bestimmenden Blätter an Weisungen höherer Behörden gebunden sind, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Pr. E. Art. 10. I. E. Art. 10. II E. Art. 13. Prot. S. 62, 896, 4509.

1) Der Inhalt des vorstehenden Artikels gibt Vorschriften über die Auswahl und die Bekanntmachung derjenigen Blätter, durch welche die Eintragungen in das Handelsregister veröffentlicht werden sollen; derselbe ist dem französischen, den Art. 42 des Code de commerce ergänzenden Gesetze vom 31. März (6. April) 1833 entnommen[1]).

Bei den Berathungen wurde anerkannt, daß in jenen Ländern, in welchen verordnungsgemäß alle Bekanntmachungen Seitens der Gerichte in bestimmte Amtsblätter inserirt werden, die vorstehende Bestimmung eine Aenderung nicht bewirken solle[2]); daß aber, wo die Verkündigung durch die Amtsblätter sich als ungenügend erweisen würde, die vom Gesetze beabsichtigte Publizität zu erreichen, die zweckmäßigste Auswahl derjenigen Blätter, in welchen noch außerdem die Veröffentlichungen stattfinden sollten, durch die mit den Handelsverhältnissen vertrauten Handelsgerichte erwartet werden könne[3]). Damit jedoch nicht etwa von den verschiedenen Handelsgerichten möglicherweise ganz verschiedene Blätter zur Publikation der Einträge gewählt würden, und der Kaufmann bei einem nur einigermaßen ausgebrei-

---

[1]) Chaque année dans la première quinzaine de janvier les tribunaux de commerce designeront — un ou plusieurs journaux où devront être insérés dans la quinzaine de leur date les extraits d'actes de société etc.

[2]) Für das Königreich Bayern ist durch die Instruktion vom 30. April 1862 §. 38 die Bayerische Zeitung als dasjenige Blatt bestimmt, in welches alle Veröffentlichungen aufzunehmen sind. Vgl. Kommentar zum Einf.-Ges. S. 52.

[3]) Prot. S. 62.

teten Geschäftsbetriebe nicht etwa in die Lage komme, eine ganze Reihe von Blättern halten zu müssen, wurde zu Protokoll konstatirt [4]), daß es den Regierungen unbenommen bleibe, den Gerichten in Bezug auf die Wahl der Blätter generelle Anweisungen zugehen zu lassen.

2) Selbstverständlich ist ein Handelsgericht, soferne es einmal ein oder mehrere Blätter als diejenigen bekannt gemacht hat, in welchen die Veröffentlichungen stattfinden sollen, gehalten, im Laufe des Jahres alle Bekanntmachungen in jedes der bezeichneten Blätter einsetzen zu lassen, damit Jedermann, der auch nur eines dieser Blätter liest, sicher sein kann, alle von diesem Handelsgerichte ausgehenden Bekanntmachungen gelesen zu haben [5]).

3) Der Antrag, anstatt „Monat Dezember" zu sagen „erste Hälfte des Monates Dezember" ist in den Verhandlungen abgeworfen worden [6]), doch wird es zweckmäßig sein, wenn die Handelsgerichte die Bestimmung der Blätter so rechtzeitig treffen und bekannt machen, daß das Publikum noch vor Anfang Januar davon Kenntniß erhält; nicht nur um sich wegen des Abonnements einrichten zu können, sondern auch damit die bei Beginn des Jahres veröffentlichten Einträge nicht etwa (beim Wechsel des bisherigen Blattes) von den Betheiligten übersehen werden [7]).

4) Der in dem französischen Gesetze enthaltene Termin ist zwar im Handelsgesetzbuche nicht aufgenommen worden; in der Natur der Sache aber liegt es, daß nicht nur die Handelsgerichte die Einträge (wie in Art. 13 vorgeschrieben) ohne Verzug zur Veröffentlichung absenden, sondern auch darüber wachen, daß die Zeitungen die Inserate prompt abdrucken [8]).

5) Bayern hatte zur dritten Lesung vorgeschlagen [9]):

Es sollten die auf Grund des Handelsgesetzbuches angelegten Handels-

---

[4]) Prot. 896.

[5]) Wenn in dem Art. 14 Abs. 2 als Grund zu einem Wechsel des einmal bestimmten Blattes nur das Aufhören desselben benannt ist, so ergibt sich von selbst, daß aus einem anderen Grunde, z. B. weil das bisher sehr gelesene Blatt etwa in Folge einer Redaktionsveränderung seinen Leserkreis verliert u. s. w., im Laufe des Jahres nicht gewechselt werden kann.

[6]) Prot. S. 62.

[7]) Ebendeshalb wird ein solcher Wechsel am zweckmäßigsten in dem Blatte veröffentlicht werden, welches bisher zur Aufnahme der Bekanntmachungen gedient hatte; für Bayern verordnet §. 39 der Instr. v. 30. April 1862 diese Veröffentlichung in der bayerischen Zeitung und dem betreffenden Kreisamtsblatte.

[8]) Praktische Bemerkungen von Weinhagen siehe in Busch Archiv Bd. III S. 149.

[9]) Zusammenstellung der Erinnerungen S. 8.

register, soweit nicht die Veröffentlichung ihres Inhaltes gesetzlich ausgeschlossen sei, im Ganzen gedruckt und buchhändlerisch verbreitet werden.

Dieser Vorschlag kam jedoch nicht zur Berathung [10]).

6) Durch die Vorschrift des Art. 14 ist nicht ausgeschlossen, daß auf Antrag einer Partei die sie betreffenden Einträge auch in anderen Blättern, als den vom Handelsgerichte bezeichneten (selbstverständlich auf ihre Kosten), zu veröffentlichen sind. Die Kommission hat die Hoffnung ausgesprochen [11]), daß bald allgemeine Blätter für den Handelsstand gegründet werden dürften, und es ist nicht zu verkennen, daß derartige Organe, welche sich speziell mit Handelsinteressen beschäftigen und daher auch vom Handelsstande am meisten gelesen werden, am tauglichsten sein würden, die Veröffentlichungen aufzunehmen. Da, wie zum vorigen Artikel erwähnt, die Zahl der Veröffentlichungen dem Ermessen des Richters überlassen ist, so wird nichts entgegenstehen, anstatt z. B. mehrmaligen Abdrucks in den ein für allemal bestimmten Lokalblättern, insbesondere wenn die Partei es wünscht, einen Abdruck in einem solchen Handelsorgane anzuordnen.

---

[10]) Eine solche Veröffentlichung ist demnach der Privatthätigkeit überlassen. Für Bayern existirt eine solche bereits.

[11]) Prot. S. 62.

Dritter Titel.

Von den Handelsfirmen.

Brinkmann §. 21. Thöl §. 19b. Endemann §. 18. Auerbach Absch. IX.

§. 1.

Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten ist die Person; die Persönlichkeit ist die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht; sie ist die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subjekt rechtlicher Beziehungen ist [1]).

Allerdings erscheint es nun als Postulat der allem Rechte zu Grunde liegenden Idee der sittlichen Freiheit, welche dem Menschen innewohnt, daß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammenfalle mit dem Begriffe des Menschen [2]). Allein einestheils erleidet dieser Satz durch das positive Recht verschiedene Modifikationen, von denen die Uebertragung der Rechtsfähigkeit auf eine abgesehen von den einzelnen Menschen selbstständig wirkende Genossenschaft von Menschen [3]) oder auf einen der selbstständigen Existenz würdigen Zweck die wichtigste ist; anderntheils aber ist auch dann, wenn der einzelne Mensch als solcher als Rechts-

---

[1]) Puchta, Pandekten §. 22.

[2]) Savigny, System Bd. II S. 2.

[3]) Wenn hier das Wort „Genossenschaft" als der die sittliche Idee des korporativen Elementes im Rechtsleben am besten versinnlichende Ausdruck gebraucht wird, so steht dies mit der jetzt technischen Bedeutung des Wortes durchaus nicht im Widerspruch. Vgl. übrigens Gelpke, die Handelsgesellschaft als juristische Person in dessen Zeitschrift Hft. 2 S. 1 ff.

subjekt auftritt, die physische Person und die rechtliche Persönlichkeit von einander zu unterscheiden und letztere als eine besondere Funktion der ersteren aufzufassen und zu behandeln.

Diese Funktion im Rechtsleben hat sich nun mit hervorragender Schärfe stets im Gebiete des Handelsverkehres abgehoben; nirgends sind der Mensch und die Person so strenge unterschieden, als im Kaufmannsstande[4]); hier tritt die kaufmännische Persönlichkeit vollständig selbstthätig auf, sie hat ein von dem Leben ihres physischen Trägers häufig unabhängiges Leben, sie hat einen von dem Namen ihres physischen Trägers häufig verschiedenen Namen[5]).

Diese kaufmännische Persönlichkeit, die von der physischen Person getrennt gedachte Funktion des Kaufmannes im Verkehrsleben wird bezeichnet als Firma (ragion, raison, ditta)[6]).

§. 2.

Ursprünglich bediente sich, wie der Adelige eines Wappens, so der Kaufmann eines bestimmten Zeichens. Dieses Zeichen mit der sogenannten Hausmarke zusammenfließend, wird mit dem Namen verglichen[7]); es werden die Waaren damit bezeichnet, es dient dasselbe als Beurkundung von Geschäften anstatt

---

[4]) Vgl. die interessante historische Abhandlung von Dietzel in den Jahrbüchern des gemeinen Rechtes Bd. IV S. 227 ff.

[5]) Nicht identisch mit dem „Geschäfte“, welches den vermögensrechtlichen Komplex bedeutet, an dessen Inhalte die kaufmännische Persönlichkeit ihre Thätigkeit entfaltet. Vgl. die historischen Untersuchungen über das „Geschäftsvermögen“ von Rösler (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IV S. 252), Bekker ebenda S. 499, und besonders Endemann §. 17.

[6]) Thöl a. a. O. definirt Firma als „einen kaufmännischen Namen“; Endemann a. a. O. erklärt die Firma als den selbstständigen Namen des kaufmännischen Geschäftes im Gegensatze zu dem des Inhabers; dem Handelsgesetzbuche und dem sonstigen positiven Rechte gegenüber erscheint jedoch dieses als ein erst noch anzustrebender Fortschritt der rechtlichen Konstruktion. Zur Zeit ist nach Art. 15 die Firma allerdings noch der Name des Inhabers eines kaufmännischen Geschäftes, aber dessen Name nur insoferne und insoweit er Geschäftsinhaber ist. Es ist ein allgemein gültiger Rechtssatz, daß der Mensch, insoferne er gewisse Rechte aus mehreren verschiedenen Eigenschaften in sich vereinigt, mehrere Personen vorstellt. Andere Beispiele sind: Beamte, Vormünder, Erben. Vgl. Koch zum Allgem. Preuß. Landrecht Th. I §. 1.

[7]) Schon von Bartolus siehe Dietzel a. a. O. S. 240.

des Namens [8]). Eine weiter greifende Bedeutung erhielt das kaufmännische Zeichen in dem Gesellschaftswesen. Der römische Begriff der societas, welcher der Vereinigung Mehrerer eine eigene von den Personen der Gesellschaften abgelöste Existenz nicht gewährte, ward im Verkehrsleben niemals streng festgehalten [9]); man fühlte stets, daß bei einem Zusammenarbeiten von Einzelnen, wenn es gedeihlich werden soll, neben dem Einzelinteresse ein Gesammtinteresse, neben den Sonderzwecken ein Gesammtzweck bestehen müsse, und daß durch ein solches Zusammenarbeiten von selbst eine über den Einzelnen stehende Gemeinsamkeit des Handelns sich erzeuge.

Aehnlich dem sogenannten Allianzwappen vereinigten daher die Compagnons ihre kaufmännischen Zeichen und diese zu einem vereinigten Zeichen bildeten die Marke der Gesellschaft als solcher; von dem signum sociorum galt der Satz: signo repraesentatur corpus totius societatis [10]).

Hiemit ist aber schon die Idee der Firma als einer Bezeichnung der von den physischen Personen getrennt gedachten kaufmännischen Persönlichkeit gegeben, und von hier aus hat sich denn auch das Wesen der Firma nach und nach entwickelt. Längere Zeit nahm man an, daß nur Gesellschaften eine Firma haben könnten, später wenigstens, daß nur Gesellschaften eine Firma haben müßten [11]); und als sich dann allmählich die Rechtsansicht dahin ausgebildet hatte, daß die Firma „ein" Handelsname, eine Art nom de guerre, sei, mußte man konsequent darauf bestehen, daß als Firma nur ein von dem bürgerlichen Namen des Geschäftsinhabers unterschiedener Name anzusehen sei [12]).

Dagegen brach sich endlich die Anschauung, welche im Handelsstande schon längst bestanden, auch in der Gesetzgebung Bahn [13]), daß die Firma der Handelsname, der Name des Kaufmannes als Kaufmann es ist, und

---

[8]) Dietzel a. a. O. S. 246.

[9]) Vgl. z. B. Gelpke a. a. O. S. 6 „in der Handelswelt ist man über die Bejahung der Frage (ob die Handelsgesellschaft eine moralische Person sei) einverstanden".

[10]) Dietzel a. a. O. S. 259.

[11]) Daher der Satz: der Einzelkaufmann handelt entweder unter seinem bürgerlichen Namen oder unter einer Firma; vgl. Brinkmann S. 54; Thöl S. 110.

[12]) „Johann Andreas Mayer" galt nicht als Firma des so heißenden Kaufmannes, wohl aber „J. A. Mayer", oder „Andreas Mayer" vergl. Brinkmann a. a. O.

[13]) Z. B. die Hamburgische Verordnung v. 28. Dezember 1838, in welcher sich auch die im Preußischen Entwurfe noch festgehaltene Vorschrift findet, daß, wenn der volle bürgerliche Name als Firma gebraucht werde, eine Anmeldung und Kundmachung nicht nöthig sei.

daß daher auch der volle bürgerliche Name dann als die Firma erscheint, wenn der Träger des Namens sein Geschäft unter diesem und keinem anderen ausübt, so daß die Firma nunmehr definirt werden kann als der Name, unter welchem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt (Art. 15).

§. 3.

An sich müßte es freigestellt sein, welche Art von Bezeichnung als Firma gewählt werden will. Wenn aber im Auge behalten wird, daß die Firma immerhin der Name einer Person, nicht der Name einer Sache ist, so begreift sich, daß die Sachfirma keine entsprechende sein kann. Die Sachfirma, das heißt die Firma, welche nicht den Geschäftsinhaber, sondern einen beliebigen mit der Persönlichkeit des Firmaträgers nicht in Bezug stehenden Gegenstand bezeichnet, ist daher im Handelsgesetzbuche nicht zugelassen. Als Gegensatz hievon erscheint die Namensfirma, richtiger Personenfirma, welche nicht eine todte Sachenbezeichnung, sondern die Bezeichnung einer kaufmännischen Persönlichkeit ist [14]).

Hieraus erklären sich die Bestimmungen der Art. 16, 17 und 18, indem, falls der Geschäftsinhaber eine physische Person oder eine Genossenschaft mehrerer physischer Personen ist, naturgemäß der Name dieser Personen oder die Bezeichnung dieser Genossenschaft als Name der kaufmännischen Persönlichkeit auftritt, während bei der Aktienunternehmung, bei welcher eben die Unternehmung, das kaufmännische Geschäft als solches im Gegensatze zu den physischen Personen der Aktionäre als das im Verkehre Handelnde auftritt, der Name des Unternehmens selbst die Firma abzugeben hat [15]).

§. 4.

Daß die Firma Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein könne, folgt aus ihrem Begriffe, sie ist ja das vom physischen Menschen abgelöste

---

[14]) Wenn man die Unterscheidung darin finden will, ob die Firma der Name einer physischen Person oder nicht sei, so verwechselt sich leicht die Sachfirma, die ja auch nom d'établissement genannt wird, mit dem Etablissementszeichen, was dann zu rechtlichen Ungenauigkeiten führt. An und für sich kommt auf diese Nomenclatur praktisch wenig an. Vgl. übrigens Goldschmidt in der Heidelberger Zeitschrift Bd. IV S. 122, dann §. 5 und die Erläuterungen zu Art. 18.

[15]) Manche Rechtslehrer nehmen auch eine gemischte Firma als dritte Kategorie an, welche übrigens jedenfalls im Handelsgesetzbuche keinen Platz gefunden hat.

kaufmännische Rechtssubjekt. Ja in gewissen Fällen kann nur die Firma Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein. Wenn auch der Inhaber der Firma Mayer Vater und Sohn, Kaufmannn Anton Abel, ein zu seiner Drahtfabrik nöthiges Grundstück auf seinen eigenen Namen erwerben kann, die Aktiengesellschaft „Nürnberger Kammgarnspinnerei" kann nur unter diesem Namen kaufen und verkaufen, unter anderem Namen, z. B. unter dem Namen ihrer Aktionäre, kann sie überhaupt keine Rechte und Verpflichtungen eingehen. Es folgt hieraus, daß bei Gesellschaften die Firma derjenige Name ist, welcher als Rechtssubjekt in die öffentlichen Bücher eingetragen werden muß, wie dieß auch im Bayerischen Einf.-Ges. Art. 41 ausdrücklich verordnet ist. Dagegen stehen zur Zeit die positiven Bestimmungen der Hypothekenordnungen[16]) dem Eintrage der Einzelfirmen als Eigenthümer oder Gläubiger, Cessionare u. dgl. meistens entgegen[17]). Eben so wird auch ein unter der Firma allein gefertigtes Testament nicht gültig sein. Daß dagegen letztwillige Zuwendungen an eine Firma gemacht werden können, ist nicht zu bestreiten; eine andere Frage aber bleibt es, ob diese Zuwendungen beim Uebergange einer Firma an den früheren oder an den neuen Inhaber fallen.

Dagegen ist der Wechselverkehr so recht eigentlich ein Feld der rechtlichen Verpflichtung und des Rechtserwerbes der Firma, weshalb schon die a. d. WO. Art. 4. Nr. 3, 5 u. 7, dann Art. 96 Nr. 3 u. 5 die Firma hier überall dem Personennamen gleichstellt, und insbesondere auch Art. 88 bestimmt, daß der Protest für und gegen eine Firma erhoben werden könne[18]).

Eine sehr bestrittene Frage ist es dagegen, ob eine Firma klagen und verklagt werden könne[19]). Faßt man die Firma richtig auf als den Namen

---

[16]) Z. B. in Bayern §. 22. u. 145 des Hyp.-Ges.

[17]) Vgl. Lutz Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 121.

[18]) Da eine Firma als solche mündlich nicht sich verständlich machen kann, wird die Erklärung (Art. 88 Nr. 3 der a. d. W. O.) allerdings von einem physischen Menschen gegeben werden müssen, und dieser daher, nicht die Firma, im Proteste als redend aufzuführen sein.

[19]) Das in Busch Bd. I S. 225 und Bl. f. R. A. Bd. XXVII S. 133 abgedruckte Erk. des HAG. zu München ist vor Erscheinen des a. d. HGB erlassen; dasjenige des Kölner Handelsgerichtes (Busch a. a. O. S. 226 und Centralorgan von 1862 S. 60) stützt sich auf den Wortlaut des Art. 61 des Code de commerce. Angegriffen ist dieses letztere Erkenntniß im Centralorgan S. 80, vertheidigt S. 95, replizirt ist S. 137, duplizirt S. 150. Vgl. auch noch Busch Archiv Bd. I S. 499 u. Bd. VIII S. 158.

der kaufmännischen Persönlichkeit, so kommt man zu dem Resultate, daß ein Kaufmann aus seinen im Betriebe seines Geschäftes vorgekommenen Rechtsakten nur unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann [20]).

Man wendet ein, die Firma sei nur der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel auftrete, dieselbe sei kein Rechtssubjekt, welches selbstthätig im Rechte auftreten, Testamente machen, Vormund sein könne [21]). Dieß ist vollkommen richtig; allein die Firma ist der Name, die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit; soweit diese nicht in Frage kommt, ist der Gebrauch der Firma ausgeschlossen; bei Testamenten, Vormundschaften hat der Mensch in anderer Eigenschaft zu handeln, Korporationen, milde Stiftungen u. s. w. machen auch kein Testament und übernehmen auch keine Vormundschaft. Die prozessuale Auseinandersetzung über kaufmännische Rechte und Verbindlichkeiten ist aber ein kaufmännischer Rechtsakt, er fällt in das Gebiet des Gewerbsbetriebes, wie das a. d. HGB. durch Art. 42 und 117 deutlich anerkennt.

Es scheint überhaupt die Kontroverse in einer Verwechslung der Fragen zu liegen, wer klagen und beklagt werden könne, dann, wer die Prozeßvollmacht auszustellen habe, und wem die Insinuationen und Ladungen zu behändigen seien. Daß bei den letzteren Akten die physische Persönlichkeit in den Vordergrund treten und daß eine als Inhaberin der Firma auftretende Person sich als solche persönlich legitimiren muß, ist natürlich [22]), allein dieß ist ohne Bezug auf die Frage, wer prozessualisch aktiv und passiv zum Prozesse legitimirt ist.

Es ist daher z. B. vollkommen zulässig, eine Klage zu rubriziren: Klage des Handlungshauses Gebrüder Moro u. Epie. gegen die Drahtfabrik Anselm Söhne, wenn auch Inhaber der ersten Firma Hr. Benno Bauer und Besitzer der Fabrik Hr. Carl Anselm ist. Dagegen kann natürlich der Notar keine Vollmachtsurkunde dahin aufnehmen: „Erscheint heute vor mir das Handlungshaus Gebrüder Moro u. Epie;" noch auch kann der Gerichtsbote anzeigen: „zugestellt der Drahtfabrik Anselm Söhne."

---

[20]) Bei dem Handelsappellgerichte zu Nürnberg ist dieß nie auch nur bezweifelt worden; ähnliche Entscheidungen des Obergerichtes zu Wolfenbüttel und des Obertribunales in Berlin bei Goldschmidt Zeitschr. Bd. VI S. 586, dann zu vergleichen das interessante Erk. des Berliner Obertribunales in Busch Archiv Bd. IX S. 113.

[21]) Busch im Archiv Bd. I S. 198 ff.

[22]) Siehe die Ausführungen in dem Erkennt. des Handelsappellgerichtes zu Nürnberg in Busch Archiv Bd. V S. 313.

In beiden Fällen muß eine physische Person genannt sein; wenn aber unbestritten bleibt, daß jedenfalls eine Gesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann und doch unzweifelhaft nach Art. 117 auch hier physische Personen handelnd auftreten müssen und die Legitimation zur Vertretung der Gesellschaft Seitens des handelnden Gesellschafters geprüft werden muß, so kann auch aus der Nothwendigkeit eines solchen Auftretens bei Einzelfirmen kein Schluß gegen die Ansicht gezogen werden, daß auch die Einzelfirma klagen und verklagt werden könne.

§. 5.

Von der Firma unterschieden ist das Waarenzeichen, das Fabrikzeichen, (die sogenannte Etiquette), und der Etablissementsname. Während die erstere die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit des Geschäftsinhabers bildet, dient das Waaren- und Fabrikzeichen nur zur Bezeichnung des Eigenthums oder der Herkunft einer Waare [23]).

Das Fabrik- und Waarenzeichen, die Etiquette kann aus der vollen Firma, aus den Anfangsbuchstaben oder sonst willkürlichen Zeichen bestehen [24]). An sich ist es freigestellt, welcher dieser Bezeichnung sich ein Kaufmann bedienen will, doch ist es selbstverständlich nicht erlaubt, daß er den Namen oder die Firma eines Anderen hiezu benütze [25]). In wie weit, abgesehen hievon [26]), eine willkürlich gewählte Etiquette die Berechtigung mit sich

---

[23]) Ueber den Namen einer Zeitung und das Recht hierauf vgl. Roßhirt in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 65 und die Erk. d. OAG. zu Dresden ebenda Bd. VIII S. 544 und von Mannheim in Seuffert's Archiv Bd. XV N. 43.

[24]) Es finden sich noch verschiedene sehr interessante, aus alter Zeit stammende Waarenzeichen vor. So gehen z. B. eine gewisse Art in Nürnberg verfertigter Kämme für Italien und den Orient nur mit dem Zeichen: Carlo Schwartzo und zwei gekreuzten Schlüsseln; das Zeichen des sogenannten Dreikönigstabaks, die Etiquette „Quaak vnd Soon", die Fabrikzeichen auf den Solinger Tischmessern sind bekannt.

[25]) Obwohl hierauf Art. 27 keine Anwendung findet; vgl. die Erläuterungen zu diesem Artikel.

[26]) Es sind die Fragen auseinander zu halten, ob Jemand dadurch, daß er z. B. seine Bleistifte mit einer fünfzackigen Krone stempelt, das Recht erlangt, jedem Anderen zu verbieten, sein Fabrikat mit derselben Krone zu stempeln, und ob einem Bleistiftfabrikanten Mayer nicht verboten ist, seinen Bleistiften den Namen „Faber" einzuprägen. Die erste Frage kann möglicherweise verneint, die zweite muß jedenfalls bejaht werden.

bringt, den Gebrauch der einmal gewählten Etiquette Anderen zu verbieten, entscheiden die Straf- und Polizeigesetze[27]); handelsrechtliche Folgen sind damit nicht verbunden, weil weder das Handelsgesetzbuch, noch das Civilrecht überhaupt ein allgemeines ausschließendes Recht einer Person auf die Bezeichnung einer Waare kennt[28]).

Das Waarenzeichen im engeren Sinne, dessen sich Kaufleute seltener zum Bezeichnen der Waaren selbst, sondern mehr zur Bezeichnung der Verpackung, Verpackung der Colli u. s. w. bedienen, wird unter Umständen dem eigentlichen Fabrik- und Gewerbezeichen gleich zu behandeln sein; gewöhnlich aber wird dasselbe völlig irrelevant erscheinen.

§. 6.

Jedes Geschäft hat in der Regel ein Etablissement (siehe Art. 19) das sich zu ihm verhält, wie Inneres und Aeußeres. Wie nun das Geschäft in der Firma eine Bezeichnung hat, so kann auch dem Etablissement ein besonderer Name gegeben werden. Es ist darin die Sitte verschieden[29]); allgemein üblich ist der Etablissementsname nur bei gewissen Geschäften, namentlich den Apotheken, den Wirthschaften und dergleichen.

---

[27]) Nach bayerischen Gesetzen (Verordn. v. 6. März 1860 u. 21. Dezember 1862) (Rgsbl. v. 1862 S. 2661 und Strafgesetzgebung Bayerns S. 198 ff.) kann man durch Deponirung des Zeichens ein solches Verbietungsrecht erlangen; ob aber Jemand andere Namen als den eigenen oder eine fremde Firma und ob er mehrere Zeichen wählen darf, ist nicht entschieden. Vgl. auch Art. 336 des StGB.: „Wer den bestehenden Gesetzen oder Verordnungen zuwider fremde Fabrik- oder Gewerbszeichen, Namen oder Firmen, womit Waaren, Fabrikate oder Gewerbserzeugnisse bezeichnet werden, unbefugt nachahmt, desgleichen wer Waaren, Fabrikate oder Gewerbserzeugnisse, von denen er weiß, daß sie mit solchen unbefugt nachgeahmten oder gebrauchten Zeichen, Namen oder Firmen bezeichnet sind, feilbietet oder in den Verkehr bringt, soll mit Geldstrafe bis zu 150 fl. und im Wiederholungsfalle mit Gefängniß bis zu 3 Monaten oder an Geld bis zu 1000 fl. bestraft werden." Für Preußen gilt der §. 269 des Strafgesetzbuches, der aber nur die Anwendung fremder Namen und Firmen als Waaren- oder Verpackungszeichen verbietet, vgl. Koch zu diesem Paragraphen und die Entscheidungen in Busch Archiv Bd. VII S. 162 und 166. Dagegen gelten für Westphalen und die Rheinprovinz außerdem noch die viel weitergehenden speziellen Gesetze zum Schutze der Fabrikzeichen der Eisen- und Stahlwaaren, (sowohl für die Verfertigung als für die Verpackung) vom 18. August 1848 und 24. April 1854.

[28]) Vgl. Erk. d. bayer. Handelsappellgerichtes in der Sammlung Bd. II S. 239.

[29]) In Wien haben fast alle offenen Geschäfte Etablissementsnamen.

Wenn diese Namen an dem Hause haften, in welchem das Etablissement sich befindet, und daher das Etablissement nur deshalb so heißt, weil es sich in diesem Hause befindet, so ist natürlich kein eigentlicher Etablissementsname vorhanden, weil die Bezeichnung nicht dem Geschäfte eigenthümlich ist. Dagegen nähert sich der eigentliche Etablissementsname allerdings der Firma, unterscheidet sich jedoch von derselben wesentlich dadurch, daß er nicht die Bezeichnung des Geschäftsinhabers, sondern der äußeren Geschäftsthätigkeit und der hiezu nöthigen Einrichtungen ist. Daraus ergibt sich nun der praktische Satz, daß die Bestimmungen über Firmen, insbesondere die Art. 16 Abs. 2, Art. 19, 20 und 23 auf die Etablissementsnamen keine Anwendung finden, was besonders hinsichtlich der in Art. 10 genannten Kategorien von Kaufleuten von Bedeutung wird. (Vgl. oben S. 75.)

Es kann deshalb der Satz, daß die Firma ohne das Geschäft nicht übertragen werden könne, z. B. auf Wirthschaftsschilder, nicht angewendet werden [30]; der Apotheker, welcher sich unter der Bezeichnung zum blauen Engel etablirt, kann von dem bisher schon eine Apotheke „zum blauen Engel" am Orte führenden Apotheker wegen Firmenmißbrauch nicht belangt werden [31].

---

[30]) Eine auf diesen Satz gestützte Entscheidung siehe Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II S. 120. Desgleichen eine sehr interessante Anwendung in dem Erkenntnisse des Lübecker OAG. vom 29. März 1859 (Goldschmidt Bd. VI S. 587), wobei übrigens als Entscheidungsgrund nicht der Umstand anzusehen ist, daß die Bezeichnung „Rheinische Früchtenhandlung" Sachfirma sei, sondern daß sie überhaupt keine Firma, sondern Etablissementsname war, wie sich sofort ergibt, wenn supponirt würde, es hätte zum Betriebe eines ausgedehnten Fruchthandels eine Aktiengesellschaft unter der Firma „Rheinische Früchtenhandlung" bestanden.

[31]) Abgesehen von gewerbepolizeilichen Verboten kann Jedermann einen beliebigen Etablissementsnamen führen. Vgl. das in der vorigen Note citirte Lübecker Erkenntniß.

Art. 15.

Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.

Pr. E. Art. 19. I. E. Art. 17. II. E. Art. 14. Prot. S. 34, 911.

1) Der Artikel 15 enthält ein Doppeltes; er gibt vorerst eine Definition des Ausdruckes Firma, dahin gehend, daß „die Firma der Handelsname des Kaufmannes" sei, dann aber durch die Definition den wichtigen Grundsatz, daß ein Kaufmann seine Handelsgeschäfte nicht unter dem eigenen Namen betreibe und als Unterschrift im Handelsverkehre nicht seinen eigenen Namen abgebe, sondern daß er unter seiner Firma handle und unterschreibe[1]). Wenn daher auch der bürgerliche Name des Inhabers der Firma mit der Firma zusammenfällt, so handelt im Geschäftsbetriebe doch nicht der diesen Namen führende Bürger als solcher, sondern derselbe als Inhaber der Firma[2]).

Dem Systeme des Handelsgesetzbuches zufolge hat also jeder Kaufmann eine Firma; die frühere Ansicht, welche den Begriff der Firma in dem Gebrauche eines von dem bürgerlichen Namen verschiedenen Geschäftsnamens suchte, ist damit verlassen[3]). Das Gesetzbuch macht auch keinerlei Unterschied in Bezug auf Behandlungsweise und rechtliche Wirkungen der Firma, je nachdem sie mit dem bürgerlichen Namen des Kaufmannes übereinstimmt oder nicht, im Gegentheile, sie setzt den ersteren Fall als Regel fest (Art. 16). Was demnach in dem Handelsgesetzbuche hinsichtlich der Firmen verfügt ist oder auch in späteren Gesetzen über Firmen verfügt werden wird[4]), gilt ebenso für den bürgerlichen Namen des Kaufmannes,

---

[1]) Dieses Abgeben der Unterschrift heißt im gewöhnlichen Leben „Firmiren". Häufig faßt man nämlich die Funktion der Firma lediglich in der Richtung des „Unterzeichnens" auf, allein dieses bildet nur einen Theil der Thätigkeit eines Geschäftstreibenden unter der Firma. Vgl. Motive zum Pr. E. S. 15.

[2]) Vgl. Wächter Handelsrecht S. 37.

[3]) Vgl. die oben S. 136 Note 13 angeführte Hamburgische Verordnung vom 28. Dezember 1838.

[4]) Hahn Kommentar S. 58.

wenn er unter diesem sein Geschäft betreibt, weil eben dann dieser Name die Firma ist.

2) Unter dem Ausdrucke „Kaufmann" ist im Hinblicke auf Art. 10 nur der sogenannte Vollkaufmann zu verstehen; Höker, Trödler, Hausirer, Wirthe u. s. w. haben keine Firma im Sinne des Gesetzes. Daß auch die Handelsfrau unter die Vorschrift des Artikels fällt, versteht sich von selbst. Desgleichen begreift der Ausdruck „Kaufmann" in Folge des Art. 5 auch die sämmtlichen Handelsgesellschaften in sich [5]).

3) Der Kaufmann soll im Handel seine Geschäfte unter der Firma betreiben. Es ist ebenso gegen das Gesetz als gegen die Sitte, wenn der Inhaber einer von seinem bürgerlichen Namen verschiedenen Firma Handelsgeschäfte unter dem ersteren abschließen würde; es könnte gegen denselben auf Grund des Art. 26 eingeschritten werden.

Eine nothwendige Konsequenz aus dem obigen Satze ist aber der Satz, daß, wenn ein Geschäft unter der Firma abgeschlossen ist, die Vermuthung dafür spricht, daß es den Firmaträger angehe, und wenn es nicht unter derselben abgeschlossen ist, die Vermuthung dagegen spricht, daß es den Firmaträger berühre. Dieß wird von Wichtigkeit für die Fälle des Art. 52, 114 Abs. 2 u. s. w., in welchen zur Bemessung der Verpflichtung [6]) des Prinzipals und der Gesellschaft von entscheidendem Gewichte sein wird, ob das Geschäft auf die Firma geschlossen wurde oder nicht [7]).

4) Das wichtigste und häufigste Handeln im kaufmännischen Geschäftsbetriebe, jedenfalls dasjenige, bei welchem sich das Handeln der physischen Person am deutlichsten von demjenigen der kaufmännischen abhebt, ist der schriftliche Verkehr. Daher wird nicht selten der Gebrauch der Firma überhaupt in die Abgabe der Unterschrift gelegt. Wenn nun auch dieses nicht richtig erscheint, so ist doch der Gebrauch der Firma bei Unterzeichnung von Urkunden (Wechseln, Briefen, Schlußnoten, Fakturen, Contokorrentauszügen u. s. w.) der häufigste, und es wird daher nicht ermangelt, bei An-

---

[5]) Die früher ventilirte Streitfrage, ob die Firma nur der Handelsname bestimmter Personen sein könne, ob die Aktiengesellschaften eine Firma haben können (vgl. Brinkmann, Handelsrecht §. 21 Note 2), ist damit erledigt.

[6]) Hinsichtlich der Berechtigung ist ohnehin dem Prinzipal und der Gesellschaft gestattet, wenn sie wollen, in die Geschäfte einzutreten.

[7]) Daß unter Umständen der Handlungsbevollmächtigte, auch wenn er auf den bürgerlichen Namen des Firmaträgers gehandelt hat, diesen verpflichten kann, ist dadurch nicht ausgeschlossen.

nahme der Firma die Unterschrift stets in weiteren Kreisen bekannt zu machen.

Folge der Bestimmung des Art. 15 ist es daher, daß Urkunden, welche mit dem Namen der Firma unterzeichnet sind, als mit dem Namen des Geschäftsinhabers unterzeichnet gelten müssen, daß die Erklärung über Aechtheit oder Unächtheit der Unterschrift und zwar eidliche Erklärung darüber ebenso wie über jede Namensunterschrift verlangt werden kann. Hiebei ist kein Unterschied zu machen, ob sich die Urkunde auf Handelsgeschäfte bezieht oder nicht; ist die Unterschrift von dem Inhaber der Firma oder dessen Stellvertreter herrührend, so ist eben die Urkunde von dem Kaufmanne in Frage unterschrieben; er kann sie für sich geltend machen und muß sie gegen sich gelten lassen.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Urkunde über den Kauf eines Hauses, welche Anton Abater, Inhaber der Firma Gebrüder Bauer, mit Gebrüder Bauer unterzeichnet hat, vollbeweisend ist, sobald die Aechtheit der Unterschrift feststeht, obwohl das Geschäft des Hauskaufes kein Handelsgeschäft ist.

Eine andere Frage ist es, ob die Unterschrift der Urkunde den formellen Erfordernissen, welche das Gesetz in gewissen Fällen aufgestellt hat[8]), entspricht; ob der Akt der Unterzeichnung für sich oder die Unterzeichnung in einer bestimmten Weise gefordert wird. Hienach ist zu entscheiden, ob die Unterschrift eines Testamentszeugen mit der Firma u. dgl. wirksam sei[9]).

---

[8]) Wenn die gesetzliche Vorschrift „Taufnamen und Familiennamen" des Unterschreibenden begehrt, ist freilich die Unterzeichnung mit „Gebrüder Bauer", eben so ungenügend, als jene mit „Anton" allein, oder „Abater" allein.

[9]) Vgl. v. Hahn, Kommentar S. 59.

Art. 16.

Ein Kaufmann, welcher sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, darf nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen.

Er darf der Firma keinen Zusatz beifügen, welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet. Dagegen sind andere Zusätze gestattet, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen.

Pr. E. Art. 20. I. E. Art. 18. II. E. Art. 15. Prot. S. 34, 911, 1144, 1151.

1) Das a. d. HG. unterscheidet die ursprüngliche Firma und die übergegangene Firma [1]).

Die ursprüngliche Firma muß prinzipiell wahr sein. Denn die rechtliche Persönlichkeit beruht immerhin auf der physischen Persönlichkeit; an und für sich ist eben doch nur der Mensch als solcher Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten, d. h. Person; naturgemäß fallen beide Eigenschaften zusammen.

Deshalb bestimmt der vorstehende Artikel, daß der Kaufmann regelmäßig unter seinem eigenen Namen handelnd aufzutreten hat. Es besteht zu einer Abweichung von diesem Grundsatze, so lange es sich um neu zu schaffende Verhältnisse fragt, weder ein rechtlicher noch ein praktischer Grund; ein rechtlicher nicht, weil der Handelsverkehr nur als ein Theil des allgemeinen Rechtsverkehres erscheint, und in diesem, wie oben gesagt, die rechtliche Handlungsfähigkeit auf der physischen Persönlichkeit beruht; ein praktischer Grund aber deshalb nicht, weil ohne unrechte Absichten und wenn nicht etwa auf eine Täuschung des Publikums gerechnet wird, Niemand hoffen kann, unter einem fremden Titel mehr zu erlangen, als unter dem eigenen.

Es ließe sich allerdings denken, daß der bürgerliche Name in Folge besonderer Umstände eine unangenehme Firma wäre, entweder an sich (z. B. wenn der Name eine lächerliche Nebenbedeutung hat), oder wegen äußerer Nebenumstände (z. B. ein sich neu etablirender Kaufmann hat denselben

---

[1]) Thöl Bd. I S. 114.

Namen wie ein erst kürzlich fallit gewordener). Allein hier kann man entweder eine erlaubte Abkürzung, einen Zusatz oder dergleichen anwenden oder äußersten Falles die Namensänderung in vorgeschriebener gesetzlicher Weise erwirken.

Diese Bestimmung des Artikels erstreckt sich auf den Einzelkaufmann und auf die stille Gesellschaft (Art. 251)[2]. Diese letztere ist nemlich dem Publikum gegenüber keine Gesellschaft, es tritt demselben immer nur der eine Compagnon entgegen, der stille Gesellschafter ist nur Gläubiger unter besonderen Modalitäten der Verzinsung seines hingegebenen Geldes.

Selbstverständlich findet der Artikel auf eine offene Gesellschaft, welche auch einen stillen Associé hat, keine Anwendung.

2) Familiennamen.

Das Gesetz erklärt die Bezeichnung „Familiennamen" durch Beifügung der Worte „bürgerlichen Namen"; es ist demnach hierunter derjenige Name zu verstehen, welcher der Person nach den bürgerlichen Gesetzen zukommt[3].

Hienach ist zu entscheiden, was im Falle einer Arrogation, Adoption, Annahme an Kindesstatt &c. Rechtens ist. Bewirkt die Vornahme einer solchen Handlung das Recht zur Führung des Familiennamens, so kann der Betreffende denselben auch als Firma annehmen, andernfalls nicht[4].

Bei geschiedenen Frauen ist das ergangene Urtheil maßgebend; einer

---

[2]) Goldschmidt hat jedoch in seinem Gutachten über den II. E. S. 25 ff. mit Recht aufmerksam gemacht, daß durch Art. 22 und 24 das System des Gesetzbuches völlig illusorisch werde. Ob aber daraus die Freigebung der Firmen oder nicht vielmehr die Beseitigung jener Artikel folge, kann bestritten werden, da der Zweck der Beibehaltung alter Firmen immerhin durch den Beisatz der letzteren mit „vormals" „Nachfolger" u. s. w. erreicht würde und die Jetztzeit ohnehin mehr auf die reelle Leistung als den traditionellen Ruf eines Geschäftes zu sehen pflegt.

[3]) Auch ein adeliger Familienname kann geführt werden; nach bayerischen Gesetzen (Edikt über den Adel Beilage V der Verf.-Urkunde §. 21) suspendirt die Ausübung eines offenen Ladens den Gebrauch des Adelstitels, nicht den des adeligen Namens. Vgl. auch ein desfallsiges Erkenntniß in Busch Archiv Bd. II S. 284.

[4]) Nach dem Sonthofener Rechte (Bayern, Allgäu) soll die Frau den Namen des Ehemannes überhaupt nicht annehmen. Wäre dieser Rechtssatz nicht jedenfalls als derogirt anzusehen, so würde allerdings eine Sonthofener verehelichte Handelsfrau nur mit ihrem Geburtsnamen zu firmiren haben.

geschiedenen Frau, der die Fortführung des Namens ihres Mannes gestattet bleibt, wird nicht verwehrt werden können, diesen Namen als Firma zu wählen.

Wittwen[5]) haben, wenn sie sich als Handelsfrauen neu etabliren, den Familiennamen ihres Mannes als Firma zu nehmen[6]).

3) Mit oder ohne Vornamen.

Es ist gestattet, den Vornamen ganz wegzulassen (Müller) oder ganz auszudrücken (Johann Baptist Friedrich Müller) oder theilweise beizufügen[7]) (Johann Baptist Müller) oder abzukürzen (J. B. F. Müller, Joh. Müller). Ebendeshalb darf man sich auch des Diminutivums bedienen, z. B. Mina, Fritz u. s. w.[8]).

Als Vorname erscheint der in der Taufe oder im Civilstandsregister gegebene; eine, wenn auch durch längere Zeit fortgesetzte andere Benennung berechtigt nicht zur Führung des Vornamens[9]), ebensowenig werden Uebersetzungen in fremden Sprachen als erlaubt anzusehen sein, soferne diese nicht hergebracht und der Name ein allgemein üblicher ist.

Der Vorname hat naturgemäß vor dem Familiennamen zu stehen; Lorenz Stengel kann daher nicht die Firma „Stengel Lorenz" annehmen[10]).

4) Welcher ein Gesellschaftsverhältniß andeutet.

Hierunter fallen nicht nur mehrere Namen und der Beisatz „et Com-

---

5) Prot. S. 35

6) Ob die Wittwe auch den Vornamen ihres Mannes wählen kann, siehe unten (S. 150).

7) Nach einer sächsischen Verordnung (Goldschmidt Zeitschrift Bd. VI S. 575. Busch Archiv Bd. I S. 528) ist in einem solchen Falle der volle Vorname in die zweite Rubrik des Handelsregisters einzuschreiben.

8) Zweifelhafter ist die Zulässigkeit sogenannter Schmeichelnamen, z. B. Lulu statt Ludwig, Polly statt Maria u. s. w., doch werden auch diese nicht unbedingt auszuschließen sein.

9) Bei Israeliten ist es Mode geworden, die Geburtsnamen willkürlich zu ändern, z. B. statt Moses sich Moritz oder Max, statt Levi sich Leopold oder Ludwig, statt Heymann sich Heinrich oder Hermann zu nennen. Die Firma muß aber dennoch den wahren Namen enthalten, was mitunter für den Betheiligten, welcher unter dem unrechten Namen allgemein bekannt und vielleicht sogar seine Zeugnisse u. s. w. auf diesen erlangt hat, sehr unangenehm sein kann; man kann sich in solchen Fällen — abgesehen von der Erholung einer Erlaubniß zur Namensänderung — durch die Bezeichnung der Firma mit dem Anfangsbuchstaben helfen.

10) Gutachten der Prager Handelskammer Nr. 28.

pagnie", sondern auch selbstverständlich die Bezeichnung „Gebrüder", „Söhne" u. s. w.

Zweifelhaft erscheint insbesondere die Bezeichnung „Nachfolger", da man aus dieser nicht ersehen kann, ob mehrere oder nur ein Nachfolger besteht; es wird also hier durch Beifügung des Namens geholfen werden müssen, z. B. Friedrich Müller, F. C. Mayer's Nachfolger u. dgl.

Ebenso werden die doppelten Familiennamen, welche hie und da üblich sind, nur in einer solchen Form zu dulden sein, welche jede Täuschung ausschließt. So ließe z. B. die Firma „Stein-Sturz" an sich nicht ersehen, ob eine oder mehrere Personen darunter begriffen sind; die Firma „Friedrich Stein-Sturz" dagegen gibt zu keinem Zweifel Anlaß.

5) Andere Zusätze.

Nicht jeder Zusatz ist dem Firmeninhaber gestattet, sondern nur solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen. Insbesondere läßt die Definition in Art. 15, „die Firma ist der Name, unter welchem der Kaufmann seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt" durch die Gleichstellung der Erfordernisse mittelst des Bindewortes ersehen, daß nur insoweit das Vorhandensein einer Berechtigung, dem Namen einen Zusatz beizufügen, angenommen werden kann, als derselbe zugleich und zwar regelmäßig mitunterschrieben wird[11]): daß der Name des Geschäftes stets und vollkommen mit der dafür vom Inhaber gewählten Unterschrift übereinstimmen muß[12]).

Ferner sind durch die Worte des Artikels, „welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen" weitergehende Zusätze verboten[13]); insbesondere fallen unter das Verbot alle Bezeichnungen, welche nicht das Geschäft und den Geschäftsinhaber, sondern das äußere Etablissement betreffen. Daher ist die Beifügung des Etablissementsnamens (vgl. oben §. 5) absolut zu versagen.

Es kann also die Firma „J. Müller, Leinwandhandlung zum Stor-

---

[11]) Einer Verordnung des sächsischen Ministeriums v. 8. April 1863 zufolge (Busch Bd. V S. 354) ist die Eintragung der Handelsbranchen in das Register unpassend und unrathsam.

[12]) Erkenntniß des Berliner Stadtgerichtes vom 11. September 1863 in Busch Bd. II S. 47. Beispiele finden sich in Schebeck's Sammlung von Prager Gutachten S. 34 ff.

[13]) Z. B. der in der Berliner Praxis bereits vorgekommene Zusatz „gut und billig."

chen" nicht geduldet werden; ebensowenig „Herrngarderobemagazin zum Propheten", u. dgl.[14]).

Ueber die Form der Beifügung dieser Zusätze hat das Gesetz an sich keine Bestimmung getroffen, sie ist also freigegeben; nur darf diese Form nicht zweifelhaft machen, ob ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft besteht. Die Firma „Johannes Zeltner'sche Ultramarinfabrik" wäre daher eben so zulässig, wie „Nürnberger Ultramarinfabrik: Johannes Zeltner"[15]). Dagegen könnte: „Lormer'sche Buchhandlung" nicht eingetragen werden, weil dieß eben so gut eine Gesellschaftsfirma sein könnte[16]).

Selbstverständlich dürfen durch den gewählten Zusatz nicht die Vorschriften des Gesetzes über Firmenwahl überhaupt, insbesondere die Art. 22 und 24, umgangen werden. Dieß würde aber dann der Fall sein, wenn Jemand ohne Befugniß den Namen Dritter in den Zusatz aufnehmen wollte.

Der Käufer des Geschäftes Moro, welchem die Fortführung der Firma nicht ausdrücklich gestattet ist, kann seinem Namen weder den Zusatz „Moro's Nachfolger" noch die Worte „vormals Moro" beifügen[17]).

Die Wittwe des Andreas Mayer kann, wenn sie nicht Alleinerbin ihres Mannes geworden oder wenn nicht die Zustimmung der übrigen Erben vorliegt, das Geschäft ihres Mannes nicht unter der Firma „Andreas Mayer sel. Wittwe" fortführen, noch weniger unter dieser Firma ein neues Geschäft etabliren[18]).

Wollte Jemand die Firma annehmen: „Theodor Kränich, vormals Prokurist bei Löbel et Merkel", so möchte an sich dem Zusatze Nichts ent-

[14]) Vgl. obiges Erkenntniß in Busch Bd. II S. 47. Ein Erkenntniß des HG. zu Köln lehnt auch den Eintrag des Beisatzes „zum großen Kardinal" ab, jedoch aus Gründen, die nicht hieher bezüglich sind. Vgl. Busch Archiv Bd. I S. 394.

[15]) Uebrigens wäre strenge genommen dem Wortlaute des Gesetzes nur die Firma: Johannes Zeltner, Nürnberger Ultramarinfabrik, entsprechend.

[16]) Wohl auch die Meinung v. Hahn S. 62; der Anfangsbuchstabe des Vornamens genügt zur Individualisirung.

[17]) Anderer Ansicht eine Erörterung im Centralorgan v. 1862 S. 5.

[18]) Einen interessanten Fall in dieser Beziehung enthalten die österreichischen Erkenntnisse in Busch Archiv Bd. VII S. 130 und Centralorgan, Neue Folge Bd. II S. 137, in welchen die Frage behandelt wird, ob es einem von mehreren Erben desselben Firmabesitzers ohne Einwilligung der Miterben freistehe, in einem anderweitigen ihm allein zugehörigen Geschäfte mit dem Beisatze „N.'s Erbe" zu firmiren. Der oberste Gerichtshof zu Wien hat diesen Zusatz entgegen der Ansicht zweier Untergerichte zugelassen, ein Ausspruch, gegen welchen erhebliche Bedenken obwalten.

gegenstehen, vorausgesetzt, daß der Firmainhaber stets diese volle Unterschrift abgeben würde; allein im Hinblicke auf Art. 21 Abs. 2 und bei der immerhin möglichen Täuschung des Publikums durch Uebersehen des „vormals" wäre dieser allerdings Vertrauen erweckende und daher dem Anfänger günstige Zusatz ohne Genehmigung von „Lödel et Merkel" nicht zu gestatten.

Besondere Schwierigkeiten bietet die Wahl der Firma bei einzelnen kaufmännischen Instituten, welche vom Eigenthümer, der an sich gar nicht Kaufmann ist und sein will, nicht selbst betrieben werden, z. B. das Bierbrauereigeschäft eines Gutsbesitzers[19]), die städtischen Institute u. s. w.[20]). Es wird aber auch hier darauf bestanden werden müssen, daß die Wahl der Firma genau nach den Regeln des Handelsgesetzbuches erfolge. So wird der Eintrag einer „Gräflich Dorner'schen Bräuhausverwaltung, Güterdirektor Höllberg" aus drei Gründen nicht zuläßig sein[21]); einmal weil nicht zu ersehen ist, wer eigentlich Firmainhaber sei, die Familie, mehrere Grafen Dorner oder nur einer; dann weil „Verwaltung" kein Zusatz zur Person oder zu dem Geschäfte ist, endlich weil der Prokuraträger oder Handlungsbevollmächtigte nicht in die Firma gehört. Die Firma wird daher zu lauten haben:

„Graf Eduard Dorner'sche Brauerei"

und dann allenfalls unter den Prokuren:

Dem Güterdirektor Daniel Höllberg wurde heute procura ertheilt.

6) Gestattet.

Ueber die Sprache, in denen derartige Zusätze gestattet sind, hat das Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen; es muß demnach bei der allgemeinen Regel sein Bewenden haben, daß alle gerichtlichen Rechtsakte — und dazu gehört die Wahl und Anmeldung der Firma ihrem ganzen Inhalte nach — in deutscher Sprache geschehen müssen[22]).

Dagegen steht natürlich Nichts im Wege beim Gebrauche der Firma im Auslande, dieselbe wie überhaupt die deutschen Worte in der Uebersetzung anzuwenden; Morhardt Vater und Zahn kann seine französischen Briefe zeichnen „Morhardt père et Zahn".

---

[19]) Vorausgesetzt, daß die verbraute Gerste sowie der Hopfen sämmtlich auf dem Gute wächst, wird die Kaufmannseigenschaft bestritten sein.

[20]) Ueber diese siehe oben S. 38.

[21]) Schebek a. a. O. S. 37.

[22]) Wenigstens müßte die Vorschrift des Art. 32 analog in Anwendung gebracht werden; eine Firmenzeichnung in hebräischer Sprache oder mit griechischen Schriftzeichen wäre unter allen Umständen unzuläßig.

Art. 17.

Die Firma einer offenen Handelsgesellschaft muß, wenn in dieselbe nicht die Namen sämmtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Firma einer Kommanditgesellschaft muß den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten.

Die Namen anderer Personen, als der persönlich haftenden Gesellschafter, dürfen in die Firma einer Handelsgesellschaft nicht aufgenommen werden; auch darf sich keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnen, selbst wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.

Pr. E. Art. 22. I. E. Art. 19. II. E. Art. 16. Prot. S. 35 ff., 911.

1) Es ist bereits in der Einleitung zu diesem Titel bemerkt worden, daß die Firma ihren Ursprung von den Societäten genommen und daß sie bei diesen ihre hauptsächlichste Bedeutung hat. Bei diesen hebt sich der Natur der Sache nach die handelsrechtliche Persönlichkeit als eine gemeinsame von den verschiedenen einzelnen Personen, aus denen die Gesellschaft besteht, am deutlichsten ab.

Dem Prinzipe des Handelsgesetzbuches gemäß, daß die Firma möglichst dem wahren Sachverhältnisse entsprechen müsse, soll in der Gesellschaftsfirma die Thatsache, daß die handelsrechtliche Persönlichkeit aus mehreren physischen Personen besteht, regelmäßig hervortreten; dagegen soll in der Firma Niemand figuriren, der, wenn auch am Geschäfte interessirt, doch nicht als Inhaber desselben erscheint. Hieraus erklären sich die Vorschriften des Artikels über die Firmenbildung der offenen Gesellschaft im Gegensatze zu der Kommandit- und stillen Gesellschaft.

2) Der Wahrheit zunächst kommt diejenige Firma der offenen Gesellschaft, in welcher sämmtliche Theilhaber namentlich aufgeführt sind: Grundherr und Hertel, Pabst und Lamprecht, (oder auch mit einem Beisatze zu einem Namen: J. Morhardt Vater et Zahn u. s. w.) Wenn mehr als

zwei Mitglieder vorhanden sind, so ist es übrigens nicht regelmäßige Sitte, daß dieselben sämmtlich in der Firma figuriren [1]).

Am gebräuchlichsten ist die Firma, in welcher nur der Name eines Gesellschafters genannt wird und durch den Zusatz „und Compagnie“ „et Cpie“ „et Co.“ „et Comp.“ u. dgl. das Vorhandensein weiterer Theilhaber angezeigt wird.

Selbstverständlich kann von mehreren nicht blos einer, sondern es können auch einige Gesellschafter genannt und dabei der oben erwähnte Zusatz angefügt werden (Crämer, Vetter und Compagnie), dagegen ist es nicht erlaubt, die sämmtlichen Gesellschafter zu nennen und noch den Beisatz „et Cpie.“ zu gebrauchen oder wenn nicht sämmtliche Theilhaber genannt werden, den Zusatz wegzulassen [2]). Wenn also Johann Müller, Friedrich Mayer und Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, so darf die Firma weder heißen:

Müller, Mayer, Fischer et Cpie. noch auch Müller und Mayer, sondern Müller et Cpie., oder Müller, Mayer et Cpie., oder Müller, Mayer und Fischer.

Als Zusätze, welche ein Gesellschaftsverhältniß andeuten, sind die Bezeichnungen „und Söhne“, „Gebrüder“[3]), „Erben“ u. dgl.[4]) gleichfalls zu achten; jedoch wird darauf zu sehen sein, ob das Prinzip der Wahrheit dadurch nicht verletzt werde, daß die Firma das Vorhandensein weiterer Gesellschafter verschweigt. Carl Müller, Friedrich Müller und Martin Fischer dürfen sich der Firma „Gebrüder Müller“ nicht bedienen; sie muß heißen: „Gebrüder Müller et Cpie.“ Die Söhne des Karl Müller, Johann, Friedrich und Anselm, welche mit Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, können nicht firmiren: „Müller's Erben“, sondern sie müssen sagen: „Müller's Erben und Compagnie“. Streng genommen ist das Gegentheil im Art. 17 nicht verboten; wenn Karl Müller, dessen

---

[1]) „Schmidt, Nopitzsch und Panzer“ ist die einzige in Nürnberg vorkommende.

[2]) Prot. S. 36.

[3]) Das Kreisgericht zu Thorn hat die von Carl und Julius Schneider angemeldete Firma: „Gebr. Schneider“ zurückgewiesen, weil die Abkürzung „Gebr.“ auch als Abkürzung eines Vornamens erscheinen könnte. Dagegen hat das Appellgericht zu Marienwerder dieselbe zugelassen, da die Abkürzung allgemein verständlich sei. Centralorgan v. 1863 S. 172. Busch Archiv Bd. II S. 153.

[4]) Ueber „Nachfolger“ siehe oben zu Art. 16.

Söhne Friedrich und Anselm Müller und dann Martin Fischer in offener Gesellschaft stehen, so entspricht die Firma:

Karl Müller und Söhne

dem Wortlaute des Gesetzes, da der Name eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze in der Firma enthalten ist; allein da die Bezeichnung „Söhne" offenbar die Meinung erzeugen muß, als ob alle Gesellschafter Söhne des Karl Müller seien, so ist die bemerkte Firma nicht wahrheitsgetreu [5]).

3) Daß auch bei der Gesellschaftsfirma Zusätze im Sinne des Art. 16 Abs. 2 in fine zulässig sind, hat zwar das Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, es versteht sich aber von selbst. Es müssen dafür dieselben Grundsätze gelten, welche oben für die Einzelfirma entwickelt wurden [6]).

4) Für die Firma der Kommanditgesellschaft gelten im Allgemeinen dieselben Vorschriften, wie für jene der offenen Gesellschaft, nur ist die Wahl, welche Gesellschafter in derselben genannt werden können, auf die persönlich haftenden Gesellschafter beschränkt. Wenn also Karl Cünzel und David Dauer als persönlich haftende Gesellschafter, Anton Abel und Benno Bayer als Commanditisten betheiligt sind, so kann die Firma lauten: Karl Cünzel et Cpie., oder Cünzel, Dauer et Cpie.; nicht aber Abel et Cpie. oder Cünzel, Abel et Co.

Daß das in der Firma angedeutete Gesellschaftsverhältniß eine Kommanditgesellschaft sei, muß in der Firma selbst nicht ausgedrückt werden, es steht aber auch Nichts entgegen, solches zu thun; z. B. Karl Cünzel und Compagnie (Commanditgesellschaft); wo aber eine Commanditgesellschaft zugleich offene Gesellschaft ist (Art. 150 Abs. 2), (wie im vorigen Beispiele, so würde eine solche Firma nicht genügen, vielmehr, wenn der Beisatz gemacht werden wollte, der Name aller persönlich haftenden Gesellschafter genannt sein müssen. Da aber ein Interesse hiefür nicht be-

---

[5]) Ein Erk. des Commerz- und Admiralitätskollegs in Danzig (Busch Archiv Bd. I S. 391) hat die von den Gesellschaftern Müller, Adam und Bruno Schulze angemeldete Firma „Müller et Schulze" als genügend erklärt; weil hier eine Täuschung nicht vorliegt, vielmehr dem Gesetze vollkommen entsprochen ist, muß dieser Ansicht auch beigetreten werden.

[6]) Die Ausdrücke „Societäts-Brauerei" und „Verein" wurden von den Preuß. Gerichten als zulässige Zusätze erklärt (vgl. Busch Archiv Bd. III S. 72 und Bd. I S. 391); ob damit allein, wenn nur ein Name dazu genannt wird, der Vorschrift des Art. 17 genügt sei, wäre aber zu bezweifeln.

steht, auch nicht leicht die Zeichnung in solcher Umständlichkeit beliebt ist, so wird wohl eine derartige Firma selten vorkommen.

5) Werden andere als persönlich haftende Gesellschafter in der Firma genannt, so ist zu unterscheiden, ob diese Commanditisten und beziehungsweise stille Gesellschafter oder ganz unbetheiligte Personen sind. Ersteren Falles treten die Bestimmungen der Art. 168 und 257 ein, die in der Firma Genannten haften als offene Gesellschafter; letzteren Falles findet lediglich Einschreitung gegen den Zuwiderhandelnden statt.

Uebrigens wird nicht jeder Namensgebrauch als verboten angesehen werden können; wenn z. B. eine offene Gesellschaft zwischen Andreas Mayer und Benno Fischer mit der Firma „Mayer et Fischer, Blitzableiterfabrik" schon besteht und ein Anderer Mayer und Fischer wollte sich etabliren, als „Mayer et Fischer, Franklin'sche Blitzableiterfabrik", so wäre wohl an sich hiegegen Nichts zu erinnern.

6) Daß sich eine offene Gesellschaft oder Commanditgesellschaft nicht als Aktiengesellschaft bezeichnen darf, ist klar; denn es wäre dieß eben eine Unwahrheit. Dagegen würde an sich erlaubt sein, daß sich eine Commanditgesellschaft, bei welcher das Kapital der Commanditisten in Aktien zerlegt ist (Art. 173), als Aktiengesellschaft bezeichnet. Die Motive zum Pr. E. (S. 17) führen jedoch an, daß eine solche Bezeichnung zu Täuschungen des Publikums führen könnte, namentlich wegen der bei Aktiengesellschaften zu vermuthenden Staatsaufsicht.

Es ist jedoch nur die Benennung als „Aktiengesellschaft" schlechthin verboten, die Bezeichnung nach der wahren Beschaffenheit ist zulässig. Deshalb könnte die Benennung als „Commanditgesellschaft auf Aktien" nicht beanstandet werden, es wird aber dieselbe nicht wohl in der Firma selbst vorkommen. Beispiele sind:

Handelsgesellschaft für kgl. bayerische privilegirte Torfbereitung Merkel et Consorten in Nürnberg (Commanditgesellschaft auf Aktien). Letzterer Zusatz wird nicht mit firmirt, sondern ist nur bei der öffentlichen Bekanntmachung erwähnt. Ferner: Halle'scher Bankverein von Kulisch, Kämpf und Comp. (Commanditgesellschaft auf Aktien); letzterer Zusatz wird gleichalls nicht firmirt.

Art. 18.

Die Firma einer Aktiengesellschaft muß in der Regel von dem Gegenstande ihrer Unternehmung entlehnt sein.

Der Name von Gesellschaftern oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden.

Pr. E. Art. 23. I. E. Art. 20. II. E. Art. 17. Prot. S. 37, 911.

Das Handelsgesetzbuch läßt, wie bereits oben erörtert wurde, eine namenlose Firmen, sog. Sachfirma, nicht zu. Von dieser Regel scheint der Art. 18 eine Ausnahme zu machen; allein bei näherer Betrachtung zeigt sich diese Ausnahme als eine nur scheinbare. Denn nachdem bei Aktiengesellschaften die einzelnen Aktionäre den Gläubigern der Gesellschaft nicht persönlich, sondern nur mit ihrer Einlage haften, können als Träger der Firma nicht die einzelnen Gesellschaftsmitglieder angesehen werden [1]), sondern es erscheint als solcher das Aktienunternehmen selbst [2]).

Eben deshalb muß also, um der Regel der Namensfirma gerecht zu werden, der Name des Unternehmens, nicht der Name sämmtlicher oder einzelner Aktionäre, in der Firma genommen werden.

Bei den Berathungen wurde übrigens durch Einschaltung der Worte „in der Regel" eine Abweichung von diesem Gebote zugelassen, während das Verbot des Abs. 2 absolut geblieben ist [3]).

2) Der Art. 26 hat den Art. 18 nicht unter diejenigen aufgenommen, deren Befolgung das Handelsgericht mit Ordnungsstrafen erzwingen soll. Es ist also die in Art. 18 gegebene Vorschrift nur eine für die Erlangung der zu jeder Aktiengesellschaft erforderlichen staatlichen Genehmigung (Art. 208) vorgezeichnete [4]). Eine Aktiengesellschaftsfirma, welche den Erfordernissen

---

[1]) Aus diesem Grunde nennt der Art. 29 des Code de commerce und nach ihm andere Gesetzgebungen die Aktiengesellschaften „anonyme Gesellschaften."

[2]) Motive zum Pr. E. S. 17, welche jedoch die Bestimmung als eine Ausnahme von dem Verbote der Sachfirma, wenn auch „als eine durch die Natur der Sache gerechtfertigte" ansehen. Dieser Anschauung folgen auch die Autoren in dieser Lehre insgesamt; und praktisch hat es keine Folgen, ob man darin eine Ausnahme sieht oder die Bestimmung so, wie im Texte geschehen, als eine der Regel entsprechende konstruirt.

[3]) Vgl. über diese Materie insbesondere Renaud, Aktiengesellschaften S. 95 ff. und die Erläuterung zu Art. 209, 1 im gegenwärtigen Kommentar.

[4]) Vgl. Thöl Bd. I S. 115 Nr. 4.

des Gesetzes nicht entspricht, soll von Oberaufsichtswegen nicht genehmigt werden, wenn aber die Genehmigung dennoch erfolgte, so kann das Gericht die Eintragung nicht verweigern.

3) Wenn der Gegenstand der Unternehmung in der Firma enthalten ist, steht im Uebrigen die Verbindung mit anderen Bezeichnungen frei.

Es darf die Bezeichnung als Aktiengesellschaft[5]) oder als Gesellschaft gebraucht werden, z. B.:

Bayerische Aktiengesellschaft für chemische und landwirthschaftliche Fabrikate; Kgl. Bayerische privilegirte Aktiengesellschaft der Bayerischen Ostbahnen; oder Gasbeleuchtungsgesellschaft in München; Metallurgische Gesellschaft zu Aachen, Hallische Zuckersiederei-Compagnie, Kreditverein für Handwerker in Magdeburg; Concordia, Kölnische Lebensversicherungsgesellschaft.

Es kann aber auch lediglich das Unternehmen in der Firma erscheinen mit oder ohne Ortsangabe, z. B.

Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, Getreidekunstmühle in Rosenheim, Haunstetter Weberei, Pfälzische Maximiliansbahn, Kölner Privatbank, Stollberger Kupferbergwerk, Berliner Brodfabrik, Chemische Fabrik Rhenania (in Aachen), Ritterschaftliche Privatbank in Pommern (in Stettin).

Es kann endlich durch eine Wortverbindung das Unternehmen, und daß solches auf Aktien betrieben werde, angegeben werden, z. B.

Ludwigshafener Aktienbrauerei[6]), Danziger Privataktienbank, Neue Aktien-Zuckerraffinerie (in Halle).

Wie die angeführten Beispiele zeigen, ist es nicht untersagt, sich solcher Bezeichnungen zu bedienen, welche auf ein öffentliches Institut gedeutet werden könnten, wie Bayerisch, Königlich, Privilegirt u. s. w.[7]), vorausgesetzt natürlich, daß hiezu die Staatsgenehmigung erfolgt ist.

---

[5]) Bei den Berathungen wurde beantragt, die Aufnahme der Bezeichnung als Aktiengesellschaft in die Firma vorzuschreiben, was jedoch nicht angenommen wurde (S. 37). Nach Englischem Rechte ist jeder Aktiengesellschaftsfirma die Bezeichnung „limited“ anzufügen, um die beschränkte Haftung der Aktionäre anzudeuten.

[6]) Uebrigens eine unrichtige Wortfügung, denn es sollen keine Aktien gebraut werden.

[7]) Wie dieß ehedem z. B. in Hamburg der Fall war, wo insbesondere die Bezeichnung „Hamburgisch“ verboten wurde. In einer österreichischen Ver-

Die Bestimmung des Art. 20 findet selbstverständlich auch auf Aktiengesellschaften Anwendung; die Firma einer sich neu bildenden Aktiengesellschaft muß sich von allen bereits bestehenden deutlich unterscheiden. Dieß wird am zweckmäßigsten durch Beifügung einer örtlichen Bezeichnung sich bewirken lassen, bloße Umstellung der Worte dagegen hebt sich nicht genügend[8]) ab, ebenso nicht bloße Unterscheidung durch Ziffern. Doch kommt hier Alles auf die konkreten Umstände an[9]) und ist die Frage, welches Unterscheidungsmerkmal gewählt werden soll, bei der Erwirkung der Konzession von den Gründern des Unternehmens mit der Staatsregierung auszutragen.

4) Der Name von Aktionären darf niemals in die Aktien-Gesellschaftsfirma aufgenommen werden; dagegen erfordert die Bestimmung, daß auch andere Personen in der Firma nicht genannt werden sollen, eine beschränkende Auslegung mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes (Prot. S. 37), welcher nur der war, daß zur Vermeidung von Täuschungen deutlich sich ergeben müsse, es hafte keine Person mit ihrem Vermögen, sondern nur das Aktienkapital.

Beamte der Gesellschaft, Protektoren, überhaupt lebende Personen[10]), werden daher in der Firma nicht genannt werden dürfen. Dagegen ist es nicht verboten, wenn historische oder sog. allegorische Namen mit der Firma verbunden werden z. B. Phönix, Providentia, der Lloyd, the Gresham u. s. w., oder von dem Betriebsgebiete und Sitze hergenommene,

---

ordnung von 1821 war der Beisatz; „mit Genehmigung der Regierung" untersagt. Vgl. Brinkmann Handelsrecht. S. 235 Note 12.

8) Wenn eine Firma Baumwollenfein-Spinnerei und die andere Feinbaumwollen-Spinnerei heißt, wird das Publikum sie beständig verwechseln; dagegen hält Jedermann die Baumwollspinnerei am Stadtbach und die Baumwollspinnerei am Senkelbach auseinander.

9) Z. B. sind im HGerichte Frankenthal verschiedene Tuchfabriken, als I. Tuchfabrik, II. Tuchfabrik u. s. w. eingetragen.

10) Wenn freilich auch hier keine Täuschung möglich ist, wird das Verbot gleichfalls cessiren; die Firmen: Pfälzische Maximiliansеisenbahn, Ludwigs-Donau-Main-Kanal-Aktiengesellschaft, Prinz-Leopold-Aktiengesellschaft für Hüttenbetrieb zu Hurl (Kreis Rees) u. s. w. sind zulässig. Ob die in Breslau bestehende Bergwerksgesellschaft „Georg von Giese'sche Erben", welcher unter diesem Namen durch k. Kabinetsordre vom 23. April 1860 die Rechte einer juristischen Person ertheilt sind (Preuß. Gesetzsamml. v. 1860 S. 200 und 1864 S. 484) eine Aktiengesellschaft ist, erscheint fraglich; dagegen ist der „A. Schaafhausen'sche Bankverein" in Köln eine Aktiengesellschaft.

z. B. Colonia. Doch würde es der Absicht des Gesetzes widersprechen, wenn dieser Name allein gebraucht würde, das Unternehmen muß gleichfalls benannt werden: the Gresham, Lebensversicherungsgesellschaft; Neu-Schottland, Berg- und Hütten-Aktien-Verein; Helios A. G. zur Gewinnung von Mineralöl; Feuerversicherungsgesellschaft Adler.

Art. 19.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma bei dem Handelsgerichte, in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet, behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat dieselbe nebst seiner persönlichen Unterschrift vor dem Handelsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung derselben in beglaubigter Form einzureichen.

Pr. E. Art 21. I E. Art. 21. II E. Art. 18. Prot. S. 32 ff.

1) Der Pr. E. hatte die Eintragung der Einzelfirmen, soferne sie mit dem Namen des Geschäftsinhabers übereinstimmte, nicht zugelassen, dagegen gestattet, daß der Kaufmann seine Firma durch Beifügung eines Zusatzes zu einer von seiner physischen Person unterschiedenen Persönlichkeit stemple, und diese Firmen mußten, um darauf ein ausschließliches Recht zu erwerben, im Handelsregister eingeschrieben werden.

Bei der Berathung des Gesetzbuches wurde aber diese Vorschrift als ungenügend bezeichnet, weil sich in der Praxis da, wo eine allgemeine Verpflichtung zur Firmenprotokollirung bestehe, solche als ein höchst taugliches Mittel zur Beförderung der Sicherheit und des Kredites bewährt habe [1]). Es wurden dabei besonders die Vortheile hervorgehoben, welche die Firmenregister darbieten, wenn es sich um Aechtheit von Unterschriften oder um die Ermächtigung der handelnden Personen zu Geschäftsabschlüssen handle, dann gegenüber solchen Kaufleuten, welche es mit

---

[1]) Die näheren Ausführungen sind in dem Prot. S. 33 enthalten.

Beobachtung der strengeren Formen nicht allzugenau nehmen und endlich hinsichtlich solcher Händler, deren kaufmännische Natur zweifelhaft sei, bei denen also die Möglichkeit, sich eine genauere Auskunft über ihre Verhältnisse zu verschaffen, höchst wünschenswerth erscheine.

Diese Gründe bewirkten ungeachtet verschiedener Gegenstimmen die Annahme einer allgemeinen Zwangspflicht zur Eintragung der Firma ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem bürgerlichen Namen des Inhabers übereinstimme oder nicht, eine Anordnung, welche übrigens bei der Gestaltung des Prokurawesens durch das Handelsgesetzbuch ohnehin nicht mehr hätte umgangen werden können.

Die Belästigung, welche darin für den Kleinverkehr gelegen gewesen wäre, wurde durch den Art. 10 beseitigt.

2) Der Artikel 19 unterscheidet zwei Akte, die Anmeldung und die Zeichnung. Die Anmeldung enthält die Erklärung, daß der betreffende Kaufmann von nun an oder seit einem bestimmten Zeitpunkte diese bestimmte Firma führe, und es muß mit dieser Anmeldung zugleich ein Nachweis der Befugniß hiezu, entweder durch Zeugnisse über den zustehenden Vor- und Familiennamen oder im Falle der Art. 22 und 24 durch die erforderlichen Dokumente geliefert werden. Die Anmeldung kann mündlich zu Protokoll oder schriftlich oder durch einen Stellvertreter [2]) geschehen. Die Zeichnung dagegen ist die eigenhändige Niederschreibung der Firma in der Form, in welcher sie künftig als Geschäftsunterschrift verwendet werden soll; eine solche Firmenzeichnung muß, wenn die Firma sich von dem vollen Namen unterscheidet, von der Unterschrift des Geschäftsinhabers begleitet sein.

Wenn also Andreas Beno Mayer mit A. B. Mayer firmirt, so muß

---

[2]) Es unterliegt nach dem Bayerischen Einf.-Ges. keinem Zweifel, daß es genügt, wenn z B. der Prokuraträger des Geschäftes A. Mayer u. Kpie. anzeigt: nachdem in die bisherige Gesellschaft Hr. Fischer als offener Kompagnon eingetreten, werde das Haus nunmehr A. Mayer, Fischer u. Kpie. firmiren, weshalb er die notariell beglaubigte neue Zeichnung seiner Prinzipale anlege und Namens derselben diese Anmeldung mache. Dagegen schreibt das Preußische Einf.-Ges. in Art. 4 vor: „Geschieht die Anmeldung durch einen Bevollmächtigten, so hat dieser eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht beizubringen." Scheinbar würde also auch der Prokurist, welcher eine Firmaänderung in seines Prinzipales Geschäft anzeigt, eine gerichtliche oder notarielle Vollmacht dazu nöthig haben. Gleichwohl wird man diese Frage auch nach dem Preußischen Einführungsgesetze verneinen müssen, weil die von dem Handelsgerichte in legaler Form ertheilte und in das Handelsregister eingetragene Prokura einer gerichtlichen Vollmacht gleich steht.

seine Zeichnung beides enthalten; sie lautet etwa: „Herr Andreas Beno Mayer wird zeichnen:

A. B. Mayer.

Nürnberg, den 11. Oktober.

Andreas Beno Mayer."

Die Zeichnung kann nur persönlich erfolgen; ein Bevollmächtigter ist hiebei nicht zuzulassen; über die Ausnahmen von dieser Regel siehe unten.

3) Kaufmann.

Unter Kaufmann ist hier nur der sogenannte Vollkaufmann zu verstehen; diejenigen Handelsleute, welche im Art. 10 aufgezählt sind, haben zwar eine Firma [3]), sie können aber weder, noch müssen sie dieselbe eintragen lassen.

Dagegen liegt die Verpflichtung allen Vollkaufleuten ob, sowohl den Einzelkaufleuten, wie den Gesellschaften. Obwohl dieß sich schon aus der allgemeinen Regel des Art. 5 ergeben würde, ist es noch besonders in den Artikeln 86, 151, 176 und 210 für die offene Gesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft vorgeschrieben.

Wer als Kaufmann anzusehen sei, ist nach Art. 4 zu bemessen; und da das Gesetz keinem Kaufmanne die Anmeldung der Firma erlassen hat, so ist kein Unterschied zu machen, ob eine Privatperson, eine Gemeinde, eine sonstige Korporation, Stiftung oder der Staat gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt [4]).

Es ist deshalb der Art. 19 gegen alle diejenigen anzuwenden, welche

---

[3]) Dieser Satz verliert zwar an Wichtigkeit, weil der Art. 10 nicht blos die Eintragung erläßt, sondern überhaupt alle Bestimmungen des Gesetzbuches über Firmen für unanwendbar erklärt; richtig bleibt er aber doch und darf nicht aufgegeben werden. Nur muß man sich vor Verwechslung der Firma mit dem Etablissementszeichen gerade bei dieser Art von Handelsleuten hüten.

[4]) Die häufig aufgeworfenen Fragen, ob dieser oder jener Gewerbtreibende, ob dieses oder jenes Institut in das Handelsregister einzutragen sei oder nicht, sind in dieser formellen Weise unrichtig; sie sollten dahin gestellt sein, ob die Betreffenden als Kaufleute anzusehen seien. In dieser Hinsicht haben aber die vielen Untersuchungen, welche gerade diese Materie erfahren hat, und welche (Endemann S. 101 Note 2, Löhr im Centralorgan) scharfe Beurtheilung erlitten haben, ihre naturgemäße Erklärung darin, daß die Praxis vor Allem die Grenzen ihres neuen Gebietes feststellen mußte und daß namentlich die technisch besetzten Handelsgerichte gerade hier einen noch lange nicht ausgestrittenen Kampf gegen allerlei Gegner zu führen hatten.

als Vollkaufleute im Sinne des Gesetzbuches oder als Handelsgesellschaften anzusehen sind[5]).

Andere Gesellschaften, selbst Aktiengesellschaften, wenn sie kein Handelsgewerbe treiben, fallen nicht unter Art. 10; ob Genossenschaften, Konsumvereine u. dgl. einzutragen sind, hängt also von der Entscheidung ab, ob sie als Handelsgesellschaften anzusehen seien oder nicht, worüber die Erläuterungen zu Art. 85 zu vergleichen sind.

4) Verpflichtet.

Im Allgemeinen ist diese Verpflichtung eine disziplinäre; das Gericht hat von Amtswegen den Zuwiderhandelnden mit Ordnungsstrafen anzuhalten, die Eintragung zu bewerkstelligen. Daraus folgt, daß, wer sich einer Firma bedient, wer Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt, auch seine Firma eintragen lassen muß; er hat nicht die Wahl, ob er für die Zukunft sich des bisherigen Geschäftsbetriebes enthalten oder seine Firma eintragen lassen will; er ist zum Letzteren verpflichtet, und kann sich dann des Fortbetriebes entschlagen, die Firma löschen lassen[6]).

Uebrigens läßt sich auch ein civilrechtlicher Zwang zur Erfüllung dieser Verpflichtung denken. Gesetzt den Fall, A leiht dem B 10,000 fl., wogegen sich B verpflichtet, ein Geschäft mit Holzschnitzereien zu etabliren; hier hat A unzweifelhaft eine Civilklage gegen B auf Erfüllung der ihm als Kaufmann obliegenden Verpflichtung, die Firma im Handelsregister eintragen zu lassen[7]).

Ebenso wird es vorkommen können, daß Jemand, indem er z. B. zur Errichtung eines Geschäftes Geld vorschießt, sich vertragsmäßig ausbedingt, daß dieses Geschäft unter einer bestimmten Firma betrieben werde, in welchem Falle er gleichfalls ein prozessualisch verfolgbares Recht auf Vertragserfüllung hat.

Aber auch ohne speziellen Vertrag ist wenigstens bei Gesellschaften der

---

[5]) Vgl. daher die zu Art. 4 und 10 (S. 92) gegebenen Erläuterungen, woselbst auch die betreffenden Kontroversen und die darüber ergangenen Präjudizien erwähnt sind.

[6]) Denn man kann nicht sagen, er bedient sich einer ihm nicht zustehenden Firma; die Firma steht ihm allerdings zu, es findet also nur Art. 26 Abs. 1, nicht Abs. 2, Anwendung. Dies ist übrigens nicht etwa blos eine juristische Subtilität, vielmehr für die Gläubiger unter Umständen von bedeutendem Interesse.

[7]) Man könnte einwenden, daß hier das vermögensrechtliche Interesse fehle, allein es lassen sich sehr wohl Umstände denken, in welchen auch ein solches vorliegt.

Vollzug des Art. 19 civilrechtlich erzwingbar [8]). Gesetzt, der persönlich haftende Gesellschafter oder der mit der Geschäftsführung allein betraute offene Gesellschafter würde es unterlassen, die nöthigen Schritte zum Behufe der Eintragung vorzunehmen, so würde unzweifelhaft ein klagbares Recht auf Erfüllung vorhanden sein. Hinsichtlich der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehen über die Folgen der Nichteintragung besondere rechtliche Bestimmungen, worüber die Art. 178 und 211 zu vergleichen sind.

5) Handelsgericht, in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung sich befindet.

Das Geschäft, indem es seiner Natur und seinem Zwecke nach bestimmt ist, nach Außen wirksam zu sein, bedarf zur vollständigen Existenz einer äußerlich sichtbaren und erkennbaren Form, es bedarf verschiedener Einrichtungen, Hilfsmittel und Organe, durch die der Geschäftsinhaber als solcher handelnd auftritt. Diese äußere Erscheinungsform des kaufmännischen Geschäftes heißt das Etablissement [9]).

Begründet wird dasselbe durch die Eröffnung des Geschäftes (durch Etablirung, Etablissement in diesem Sinne), welche durch die Ausgabe von Oblatorien, Verbreitung von Cirkularen, durch Anzeigen in öffentlichen Blättern allgemein kund gemacht zu werden pflegt, und bei den meisten Geschäften mit der Aufmachung eines Ladens, Verkauflokales, Komptoirs u. s. w. verbunden ist.

Indem der Kaufmann sich etablirt, wählt er sich einen äußerlich erkennbaren Mittelpunkt seines geschäftlichen Lebens, von welchem aus seine Operationen im Verkehrsleben geleitet, von wo die Direktiven zu den einzelnen Geschäften ertheilt und wohin die Ergebnisse der Unternehmungen zurückgeleitet werden.

---

[8]) In vielen Fällen wird natürlich die Anzeige einer solchen Unterlassung beim Beamten des Handelsregisters schneller zum Ziele führen; doch läßt sich denken, daß dieß nicht immer genüge, z. B. wenn der andere Gesellschafter das Vorbringen in Abrede stellt.

[9]) Établissement bedeutet sowohl den Akt der Errichtung, als die errichtete Anstalt selbst. Vgl. hierüber Endemann § 16. Ein sehr interessantes Lübecker Erkenntniß über den Begriff „sich etabliren" siehe in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 564, worin der Eintritt in ein schon bestehendes Geschäft als Prinzipal (z. B. durch Heirath) nicht für eine „Etablirung" erklärt wird, allerdings jedoch nur in Bezug auf den konkreten Fall eines Verbotes unter Pönalstipulation.

Das Etablissement ist demnach der Wohnsitz des Geschäftes[10]), es ist das Domizil des Geschäftsinhabers, insoferne seine kaufmännische Persönlichkeit in das Auge gefaßt wird, neben welchem natürlich ein besonderes und anderweitiges Domizil des Geschäftsinhabers als physischer Person bestehen kann[11]). Deshalb muß er an diesem handelsrechtlichen Geschäftsdomizile in Bezug auf seine kaufmännischen Angelegenheiten Rede und Antwort stehen[12]) und deshalb muß er auch seine Firma an dem Orte des Etablissements öffentlich bekannt machen.

Das a. d. HGB. bedient sich bei Einzelkaufleuten des Ausdruckes „Handelsniederlassung", bei Gesellschaften des Ausdruckes „Sitz der Gesellschaft" (Art. 86, 151, 176 und 210). Da nun aber, wie bei Art. 21 erörtert werden wird, ein Kaufmann mehrere Handelsniederlassungen haben kann, so ist unter der in Art. 19 genannten Handelsniederlassung die Hauptniederlassung zu verstehen[13]).

Wie die Gesellschaft nur einen Sitz, so kann der Kaufmann für ein und dasselbe Geschäft nur eine Hauptniederlassung haben[14]) und für diese muß er vorerst die Firmaeintragung bewirken.

Die oben gegebene Definition des Etablissements gibt schon die Kennzeichen für den Begriff der Hauptniederlassung; dieselbe ist da, wo der Mittelpunkt des kaufmännischen Geschäftes ist, wo sich (wie man im gewöhnlichen Leben zu sagen pflegt) die Seele des Geschäftes befindet.

Im Allgemeinen wird die Ermittelung dieses Geschäftssitzes keiner Schwierigkeit unterliegen, da er sich nothwendigerweise sofort und leicht äußerlich erkennen lassen muß. Anlaß zu Kontroversen haben aber jene Geschäfte gegeben, in denen der gewerbemäßige Verkauf erst nach Verarbeitung der angeschafften Waaren zu erfolgen pflegt, die eigentlichen Fabrikunternehmungen[15]), da sich bei diesen die Fabrik häufig an einem anderen Orte

---

[10]) Das Handelsgesetzbuch bezeichnet daher dasselbe auch als „Sitz" des Geschäftes.

[11]) Thöl Th. I S. 104.

[12]) Er muß sich vor Allem daselbst verklagen lassen (Bayer. Einf.-Ges. Art. 65), er muß über seine Wechselverbindlichkeiten daselbst (nicht in seiner Privatwohnung) befragt werden (a. d. WO. Art. 91) u. s. w.

[13]) So lautete der Ausdruck auch im Pr. E. z. B. für Aktiengesellschaften Art. 181 Abs. 4, später wurde dafür „Handelsniederlassung" gewählt (Prot. S. 171); im I und II E. hieß es „Niederlassung" und in Folge eines Monitums der sächsischen Regierung (Nr. 212) wurde schließlich das Wort „Sitz" angenommen.

[14]) Eine und dieselbe physische Person kann dagegen allerdings verschiedene kaufmännische Etablissements und Geschäfte, daher auch mehrere Hauptniederlassungen besitzen.

[15]) Besonders bei Aktienunternehmungen.

befindet, als wo der Geschäftsinhaber wohnt. Hier ist nun selbstverständlich auf den Wohnort des Inhabers gar kein Gewicht zu legen[16], ebensowenig auf den Ort, wo die Fabrikgebäude stehen, da hiedurch Nichts entschieden wird. Entscheidend ist vielmehr, wo der merkantile Geschäftsbetrieb stattfindet, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ausgeht, und als äußeres Kennzeichen dient hier, wo sich das Komptoir, die Kasse, die Buchführung befinden[17]). Mag dann auch die technische Leitung an einem anderen Orte statthaben und mag auch die Fabrikation als solche die Hauptsache bilden, z. B. ihre Kosten die Kosten der Materialanschaffung weit übersteigen, der Ort der Handelsniederlassung wird dadurch nicht beeinflußt. Der Geschäftsmittelpunkt und damit die Hauptniederlassung ist und bleibt am Sitze der kaufmännischen Geschäftsleitung[18]).

6) Persönliche Unterschrift.

Es ist bereits oben mehrfach erwähnt worden, daß die Firma hauptsächlich beim schriftlichen Verkehre zur Anwendung kommt, ja daß man Firma und Unterschrift im gewöhnlichen Leben nicht selten identifizirt. Daher muß das Gesetz darauf dringen, daß jede Firmaunterschrift zur Konstatirung ihrer Aechtheit der öffentlichen Kenntniß unterstellt werde. Hieraus ergibt sich, daß auch Aenderungen der Firma in derselben Weise, wie die neue Firma, durch persönliche oder beglaubigte Unterschrift angemeldet werden müssen, weshalb Art. 25 ausdrücklich auf den Art. 19 Bezug nimmt. Die allgemeine Fassung des Handelsgesetzbuches könnte zu der Annahme führen, als ob derjenige, welcher entweder gar nicht schreiben kann, oder doch neben seinem Namen nicht auch die Firma zu zeichnen vermöchte, von der Befugniß eine Firma zu führen überhaupt ausgeschlossen wäre. Allein dies würde eine zu weit gehende Auslegung sein[19]), wie sich aus

---

[16]) Eben deshalb darf der Sitz einer Aktiengesellschaft z. B. nicht da gesucht werden, wo sich die Aktionäre zur Generalversammlung oder wo sich der Vorstand zu Berathungen versammelt.

[17]) Erk. des bayer. HAG. Sammlung Bd. I S. 181.

[18]) Ein Erk. des Danziger Admiralitäts- u. Kommerzkolleges (Busch Archiv Bd. I S. 395) sagt, das Komptoir sei der lokale Schwerpunkt des Geschäftes.

[19]) Das Appellationsgericht zu Köslin Erk. v. 19. September 1863 hat sich der entgegengesetzten Ansicht aus dem Grunde angeschlossen, weil der Gebrauch einer Firma ihrem Begriffe nach die Fähigkeit zur Abgabe einer Unterschrift voraussetze (Busch Archiv Bd. III S. 363). Ebenso der oberste Gerichtshof zu Wien (Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 541), welcher dem Schreibensunkundigen eine Frist zur Erlernung gestattet wissen will. Der im Texte adoptirten Ansicht folgen das App.-Ger. zu Marienwerder und

historischen und praktischen Gründen ergibt. Keines der bis zum Erscheinen des a. d. HGB. geltenden Rechte hat die Erlaubniß zum Betriebe von Handelsgeschäften von der Fähigkeit zu schreiben abhängig gemacht. Hätte man nun bei Abfassung des neuen Gesetzbuches eine so tiefgreifende Aenderung des bestehenden Rechtszustandes beabsichtigt, so hätte das Erforderniß der Schreibenskundigkeit, als ein unbedingt für jeden Kaufmann geltendes, offenbar durch eine desfallsige ausdrückliche Gesetzesbestimmung vorgeschrieben werden müssen. Dieß ist nicht geschehen; ja die Worte „nebst seiner persönlichen Unterschrift" sind nur nebenbei auf den Wunsch einiger Mitglieder von der Redaktionskommission aufgenommen worden, (Prot. S. 911)[20]), und es kann daher schon deshalb der Wortlaut des Gesetzes nicht in solcher Strenge aufgefaßt werden.

Praktisch würde aber dieser Ausschluß nicht nur für die durch körperliche Gebrechen am Schreiben verhinderten Personen höchst unbillig, sondern es würde die Vorschrift allgemein auch undurchführbar sein. Denn nachdem dem Gesetze zufolge jeder faktische Gewerbetrieb von Handelsgeschäften zum Kaufmanne macht und unter das Handelsgesetzbuch fällt, so würde ein solches Verbot der Firmaführung materiell ohne Resultat bleiben, und da die Geschäfte doch geschlossen würden, so würde dies nicht nur zu Verwirrung Anlaß geben, sondern gerade die Gegenkontrahenten in Nachtheil versetzen. Es ist deshalb anzunehmen, daß, im Falle der Anmeldende unfähig ist, die Firma zu zeichnen und seine Unterschrift abzugeben, die vor dem Handelsgerichte abgegebene Erklärung und die hierüber aufgenommene Verhandlung genügen[21]), wobei übrigens, wenn die Verhinderung nur eine zeitweise wäre, die Nachholung der Unterschrift und Zeichnung anzuordnen ist[22]).

7) In beglaubigter Form.

Die Art und Weise der Beglaubigung ist im Handelsgesetzbuche nicht näher bestimmt; es muß daher eine jede nach den Landesgesetzen zulässige Beglaubigung genügen[23]).

---

das Königsberger Kommerz- und Admiralitätskollegium. (Vgl. Busch Archiv Bd. II S. 154 und Centralorgan v. 1863 S. 115, ferner Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 543.)

[20]) Nach einem Erk. des Marienwerder Appellationsgerichtes bei Busch Bd. III S. 364.

[21]) Preußische Anwaltszeitung Jahrgang III S. 44 und 110.

[22]) Centralorgan von 1863 S. 115.

[23]) Vgl. die Preußische Justizministerialverfüg. vom 16. Mai 1862 (Centralorgan von 1862 S. 110 und Busch Archiv Bd. I S. 172. Preuß. Justizministerialblatt 1862 S. 162.)

Mit Unrecht wird daher die Ansicht aufgestellt, daß eine einfache Rekognitionsverhandlung vor einem Notar hiezu ungenügend sei [24]), und eine förmliche Notariatsurkunde über den Akt der Zeichnung aufgenommen werden müsse. Denn da es sich lediglich darum handelt, die Aechtheit der Unterschrift (sei es der Firmaunterschrift oder der bürgerlichen Unterschrift) sicher zu stellen und dieses eben so gut durch eine notarielle Legalisirung als mittelst der Errichtung einer öffentlichen Urkunde über den Zeichnungsakt geschehen kann, so wird durch ein Beglaubigungsattest den Erfordernissen des Art. 19 vollkommen Genüge gethan. Das Gesetz hat nicht „Errichtung einer öffentlichen Urkunde" sondern nur Vorlage in beglaubigter Form vorgeschrieben [25]).

Die persönliche Zeichnung ist übrigens selbstverständlich stets nothwendig, auch wenn dieselbe nicht vor Gericht abgegeben wird; durch einen Bevollmächtigten kann Niemand zeichnen, selbst nicht durch einen Prokuristen, weil die Firma der Prokura vorangehen muß.

Art. 20.

Jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

Hat ein Kaufmann mit einem in das Handelsregister bereits eingetragenen Kaufmann gleiche Vor- und Familiennamen, und will auch er sich derselben als seiner Firma bedienen, so muß er dieser einen Zusatz beifügen, durch welchen sich dieselbe von der bereits eingetragenen Firma deutlich unterscheidet.

Pr. E. Art. 21 u. 24. I E. Art. 22. II E. Art. 19. Prot. S. 35. 919 ff.

1) Nachdem zufolge des Art. 15 die Firma eines Kaufmannes der Name ist, unter welchem er im Handel seine Geschäfte treibt, so kann unter dem-

---

[24]) Admiralitätskolleg zu Danzig und Stadtgericht zu Magdeburg (vergl. Centralorgan von 1862 S. 16 und 17).

[25]) In Bayern wurde dieses nicht bezweifelt; es wurden stets die notariell legalisirten Unterschriften für genügend erachtet. In demselben Sinne hat sich die oben a. Preußische Justizministerialverfügung vom 16. Mai 1862 ausgesprochen. In Sachsen hat ein Justizministerialreskript (Goldschmidt

selben Namen nicht auch ein Anderer seine eigenen Geschäfte betreiben. Daraus folgt, daß die Firma eine ausschließliche ist, daß zwei physisch getrennte Personen sich als eine und dieselbe kaufmännische Persönlichkeit nur dann geriren dürfen, wenn sie Gesellschafter sind, daß verschiedene selbständige Geschäfte im Verkehrsleben nicht unter einer gemeinsamen Persönlichkeit auftreten können.

Diese Gesichtspunkte bedingen den im a. d. HGB. aufgestellten Grundsatz, daß es ein Recht auf die Firma gibt, daß der Inhaber einer Firma die rechtliche Befugniß hat, jeden Anderen von dem Gebrauche derselben abzuhalten. Um diesen Satz mit den Vorschriften der Art. 16 und 18, nach welchen als Firma der Name des Geschäftsinhabers oder des Geschäftsunternehmens gebraucht werden soll, in Einklang zu bringen, bieten sich zwei Wege dar. Man kann (wie der Pr. E. gethan) die Individualisirung der Firma durch Hinzufügung eines Zusatzes anordnen, und hiefür läßt sich anführen, daß es der Billigkeit mehr entspreche, die Nothwendigkeit, seinem Namen ein Unterscheidungsmerkmal beizufügen, eher demjenigen aufzuerlegen, welcher ein ausschließliches Recht auf eine gewisse Firma erwerben will, als demjenigen, welcher lediglich von der natürlichen Befugniß Gebrauch macht, sich des ihm zustehenden Namens zu bedienen[1]). Man kann aber auch das Recht auf die Firma lediglich nach der Zeit der Eintragung im Handelsregister bemessen, und diesen Weg, welcher deshalb der praktischere ist, weil die völlige Gleichheit der natürlichen Namen immerhin einen Ausnahmsfall bilden wird, hat das Handelsgesetzbuch eingeschlagen.

2) Jede neue Firma.

Die Frage, was zu thun sei, wenn vor Erscheinen des Handelsgesetzbuches sich zwei Kaufleute derselben Firma bedient hatten, kann als nunmehr nicht mehr praktisch übergangen werden. Dagegen ist es denkbar, daß ein zweiter Andreas Mayer sich bei dem Handelsgerichte um Eintragung meldet, nachdem der erste zwar angemeldet, aber noch nicht eingetragen ist. Hiefür gibt seinem Wortlaute nach der Art. 20 keinen Maßstab; allein dem Zwecke des Gesetzes gemäß hat hier der Handelsrichter den später Anmeldenden zur Beifügung eines Zusatzes aufzufordern. Daß beide in demselben Augenblicke sich anmelden, wird schwerlich vorkommen; in diesem Falle müßte

---

Zeitschrift Bd. VI S. 574) jene Form gefordert, welche nach den Gesetzen nothwendig ist, damit eine Privaturkunde die Eigenschaft einer öffentlichen, die Diffession ausschließenden Urkunde erhalte.

[1]) Motive zum Pr. E. S. 16.

wohl, wenn eine freiwillige Uebereinkunft nicht stattfände, das Loos entscheiden [2]).

3) An demselben Orte oder in derselben Gemeinde.

Unter dem Ausdrucke Ort versteht das Gesetz den unter einem bestimmten geographischen Namen begriffenen Flächenraum, unter Gemeinde die politische Verbindung unter einer communalen Verwaltung [3]). Es kann also eine Gemeinde mehrere Orte umfassen, aber auch ein Ort in verschiedene Gemeinden gehören.

Demnach genügt es nicht, wenn die verschiedenen, aber mit gleichlautender Firma auftretenden Etablissements sich an verschiedenen d. h. verschieden benannten Orten befinden; es kann in der Bezeichnung dieser Orte nicht schon ein Unterscheidungsmerkmal gefunden werden, soferne die verschiedenen Orte zu demselben Gemeindebezirke gehören.

Man hatte, wie die Prot. S. 920 ausweisen, bei dieser Vorschrift hauptsächlich diejenigen Handelsplätze im Auge, in deren Nähe sich viele Handelsetablissements befinden, deren Adressen sogar nicht selten auf den Handelsplatz lauten, die oft vom Handelsplatz aus ihre Urkunden datiren, und bei denen zwar die Orte der Etablissements verschiedene Namen haben, aber zu derselben Gemeinde gehören, wie dieß häufig bei den zu einer größeren Stadt gehörigen, aber besonders benannten Vorstädten der Fall ist. Es läßt sich nun die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei, wenn ein solcher besonders benannter Ort erst nachträglich der Gemeinde beigefügt wird (wie solches z. B. mit den Vorstädten Gostenhof uud Rennweg bei Nürnberg geschah). Der Kaufmann Andreas Mayer in Gostenhof und der Kaufmann Andreas Mayer in Nürnberg konnten, da sie an verschiedenen Orten und in verschiedenen Gemeinden wohnten, früher denselben Namen als Firma führen; nun wird Gostenhof zur Stadtgemeinde Nürnberg geschlagen, was ist nunmehr Rechtens? Offenbar wird hier auf die ursprüngliche Anmeldung zurückgegangen werden müssen; der später Angemeldete muß den Zusatz annehmen, denn er hätte solches auch thun müssen, wenn die Einverleibung schon vorher geschehen gewesen wäre.

Die oben gegebene Erklärung, was unter Gemeinde zu verstehen sei, ist übrigens nicht unbestritten. Am zweckmäßigsten wäre es allerdings, wenn das Geltungsgebiet eines bestimmten Handelsregisters als maßgebend erachtet würde, so daß in keinem Handelsregister zwei gleichlautende Firmen sich finden könnten [4]). Allein diese Absicht ist dem Gesetze nicht zu unter-

---

[2]) Vgl. das Erk. im Busch Archiv Bd. I S 395, das unten in Note 10 citirt ist.

[3]) Prot. S. 920.

[4]) Thöl Bd. I S. 117 Note 5.

stellen; denn es wurde zwar bei den Berathungen[5]) anstatt der Bezeichnung Gemeinde auf §. 17 des Oest. Entwurfes[6]) verwiesen, allein von Seite der Redaktionskommission ist der erstgewählte Ausdruck nicht geändert worden. In der zweiten Lesung wurde vielmehr[7]) bemerkt, daß man unter dem Worte Gemeinde wohl allenthalben einen politischen Verband mehrerer Orte unter derselben Verwaltung verstehen werde. Hienach ist also allerdings die wirkliche politische Gemeinde als im Gesetze gemeint anzunehmen, und dieser Begriff nach den in jedem Lande geltenden Administrativgesetzen zu ermitteln[8]).

Durch diese Bestimmung ist übrigens zugleich festgesetzt, daß auch in einer anderen Gemeinde die gleiche Firma nicht als Zweigniederlassungsfirma geführt werden könne, und zwar in der zweifachen Richtung, daß sowohl gleiche Zweigniederlassungsfirmen, als eine mit einer Hauptniederlassungsfirma gleiche Zweigniederlassungsfirma ausgeschlossen ist[9]).

4) Bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen.

Das bloße Bestehen genügt nicht zur Begründung eines ausschließenden Rechtes. Z. B. Andreas Mayer hat seit Jahren unter seinem Namen Handelsgeschäfte gewerbemäßig betrieben, aber die Eintragung unterlassen; ein anderer Andreas Mayer beginnt ein Handelsgewerbe und läßt seinen Namen

---

[5]) Prot. S. 35.

[6]) §. 17. lautet (Beil. Bd. S. 72):

Die Protokollirung zweier oder mehrerer vollkommen gleichlautender Firmen verschiedener Handelsleute in dem Sprengel eines und desselben Handelsgerichtes ist unzulässig.

[7]) Prot. S. 920.

[8]) Die Gemeindeformationen, über welche die Verwaltungsbehörden kompetent sind, pflegen ohnehin überall öffentlich bekannt gemacht zu werden.

[9]) Andreas Mayer ist in München für seine Hauptniederlassung mit dieser Firma, in Augsburg für eine Zweigniederlassung mit der Firma „Andreas Mayer Filiale" eingetragen; sein Vetter Johann Andreas Mayer, welcher in München für seine Hauptniederlassung mit „J. A. Mayer jr." eingetragen ist, kann für seine Zweigniederlassung in Augsburg weder mit „Andreas Mayer" noch mit „Andreas Mayer Filiale" eingetragen werden. Das Königsberger Kommerz- und Admiralitätskolleg hat sogar angenommen, daß das Handelsgericht des Ortes der Zweigniederlassung an die Entscheidung des Handelsgerichtes des Ortes der Hauptniederlassung nicht gebunden ist, und eine von diesem als gleichlautend nicht erkannte Firma doch noch als gleichlautend erkennen kann (Centralorgan N. F. Bd. I S. 51).

in das Register eintragen [10]; nun beantragt auch der Inhaber der längst bestehenden Firma die Eintragung, hier muß er dem jüngeren weichen [11]).

5) Gleiche Vor- und Familiennamen.

Die Fassung dieses Satzes betrifft nur den Fall, daß zwei Kaufleute denselben bürgerlichen Namen führen; allein derselbe findet in doppelter Richtung eine ausgedehntere Anwendung. Vor Allem ist derselbe maßgebend, wenn ein bereits eingetragener Kaufmann zwar nicht denselben bürgerlichen Namen wie der neu auftretende besitzt, jedoch der bürgerliche Name des neu Auftretenden der, vermöge eines Rechtsüberganges, einem bereits eingetragenen Kaufmanne zustehenden Firma gleich ist. Z. B. Andreas Maier beerbt in Gemeinschaft mit seiner Schwester seinen Onkel Bartholomäus Fischer, welcher eine Spezereihandlung besaß; gemäß Erbvergleiches übernimmt Andreas Maier dieses Geschäft und führt die bisherige Firma fort; ein anderer enterbter Neffe des verlebten Fischer, der gleichfalls Bartholomäus heißt, will sich unter seinem eigenen Namen etabliren. Obwohl nun der Neffe Bartholomäus Fischer mit dem als Inhaber der Spezereihandlung „Bartholomäus Fischer" eingetragenen Andreas Maier keineswegs gleiche Vor- und Familiennamen hat, findet doch Art. 20 Abs. 2 Anwendung.

Es kommt nicht darauf an, ob zwei Kaufleute denselben Namen haben, sondern ob sie mit demselben firmiren wollen. Der Kaufmann Andreas Maier ist, wie in der vorigen Note erörtert, als Inhaber der Firma Bartholomäus Fischer eingetragen. Sein Neffe, der junge Andreas Maier, etablirt auch ein Geschäft und meldet seinen Namen als Firma an. Obwohl hier der junge Andreas Maier mit dem im Handelsregister eingetragenen älteren Andreas Maier gleichen Vor- und Familiennamen hat und sich desselben als seiner Firma bedienen will, findet Art. 20 Abs. 2 doch keine Anwendung [12]).

Andererseits findet die Gesetzesvorschrift auch auf die Gesellschaftsfirmen Anwendung. Z. B. Wenn Andreas Maier und Balthasar Fischer sich als offene Handelsgesellschaft unter der Firma „Maier u. Fischer" haben eintragen lassen, so können Karl Maier und David Fischer, obwohl sie nicht gleiche Vornamen haben und sich auch ihrer vollen bürgerlichen Namen nicht als

---

[10]) Es entscheidet nicht die Eintragung, sondern die Anmeldung; so hat das Berliner Stadtgericht in einem Falle ausgesprochen, wo die Eintragung durch eine Anfrage beim Steueramte aufgehalten worden war. Centralorgan von 1863 S. 53 und Busch Archiv Bd. I S. 395.

[11]) Darüber, ob dieses auch dann der Fall ist, wenn sich der früher Eingetragene die Firma ohne Recht angemaßt hatte, vgl. oben S. 111.

[12]) Vgl. Prot. S. 920.

Firma bedienen wollen und sonach die Voraussetzungen des Abs. 2 ihrem Wortlaute nach nicht gegeben sind, dennoch die Firma „Maier und Fischer" nicht eintragen lassen.

Ferner:

Wenn eine Tuchfabrik auf Aktien sich als „Tuchfabrik zu Nürnberg" hat eintragen lassen, so muß eine zweite Aktiengesellschaft, welche eine Tuchfabrik in Nürnberg errichtet, der vom Gegenstande ihrer Unternehmung entlehnten Firma „Tuchfabrik in Nürnberg" einen deutlich unterscheidenden Zusatz beifügen.

6) Deutlich unterscheidet.

Wenn bei Beurtheilung der Frage, ob in einem bestimmten Falle zwei Firmen sich wirklich deutlich unterscheiden, die richtige Entscheidung getroffen werden soll, so muß auf die Absicht des Gesetzes zurückgegangen werden, welche dahin gerichtet ist, daß Niemand in Ausübung der von ihm öffentlich kundgegebenen kaufmännischen Persönlichkeit beeinträchtigt werden dürfe. Es ist deshalb vollständig nach den besonderen Umständen des Falles zu entscheiden, wie weit die Unterscheidungsmerkmale auszudehnen sind. Unter gewöhnlichen Verhältnissen wird die Abkürzung der Vornamen [13]), die Beisetzung von junior, Sohn ꝛc., oder ein Zusatz nach der Geschäftssphäre, nach dem Orte oder der Straße genügen; denn für die Geschäftskunden liegt darin ein kennbares Merkmal. Es ist z. B. keine Benachtheiligung für den Eisenhändler „Friedrich Mayer" zu besorgen, wenn sich an demselben Orte eine Hopfenhandlung als „F. Mayer" etablirt.

Dagegen ist, sobald es sich zeigt, daß eine dolose Konkurrenz getrieben werden soll, auf entschiedene Unterscheidungsmerkmale zu bringen [14]).

---

[13]) v. Hahn S. 67 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß eine Abkürzung, welche doch immer ausgelesen wird, z. B. „Friedr.", wo Jedermann „Friedrich" ausspricht, niemals genügen werde, wohl aber sind F. C. Müller und Friedrich Carl Müller verschiedene Firmen. Ob eine Gesellschaft mit „et Co." oder „et Cpie." oder „et Compagnie" firmirt, kann gleichfalls als Unterscheidungsmerkmal nicht betrachtet werden.

[14]) Die Praxis ist reich an derartigen Prozessen, wobei jedoch in der Regel mehr der Schutz der Etiquette als der Schutz der Firma im Spiele ist. Beispiele geben das Centralorgan Neue Folge Bd. I S. 220; Busch Archiv Bd. VII

Art. 21.

Die Firma muß auch für die an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde errichtete Zweigniederlassung bei dem für die letztere zuständigen Handelsgerichte angemeldet werden.

Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, so muß der Firma ein Zusatz beigefügt werden, durch welchen sie sich von jener bereits vorhandenen Firma deutlich unterscheidet.

Die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung geschehen ist.

Pr. E. Art. 25. I. E. Art. 23. II E. Art. 20. Prot. 37.

1) Der gewerbemäßige Betrieb des Handels, welcher die Kaufmannseigenschaft begründet, wird, wie oben erörtert, dadurch eröffnet, daß sich der Kaufmann „etablirt", daß er sich einen äußerlich erkennbaren Mittelpunkt seines geschäftlichen Lebens wählt. Aus der Möglichkeit einer von der physischen Person unterschiedenen kaufmännischen Persönlichkeit ergibt sich aber sofort die Möglichkeit, daß eine und dieselbe Person (Einzelkaufmann oder Gesellschaft) Inhaber mehrerer derartiger Geschäftsetablissements sein kann. Und zwar können diese verschiedenen Geschäfte und Etablissements von einander völlig getrennt und unabhängig sein, oder aber in einem geschäftlichen Zusammenhange stehen.

Im ersten Falle bleibt der Umstand, daß der Inhaber der verschiedenen

---

S. 162 und 166; Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 547; dann die vielfachen Eau-de-Cologne-Prozesse, vgl. Centralorgan v. 1862 S. 170 u. 280, endlich die berühmte Entscheidung des Pariser Appellgerichtes (Brinkmann S. 56 Note 12), in welcher der Firma „Veuve Cliquot Ponsardin" gegenüber die Firma „Cliquot et Comp.", ja sogar „Franz, Cliquot et Comp." als nicht genügend unterschieden erklärt ward.

Von Entscheidungen, welche direkt auf das Handelsgesetzbuch zu beziehen sind, möge noch erwähnt werden, daß „Gebr. B—mann" und „B—mann Gebr." als sich nicht unterscheidend erklärt wurden in einem Erk. des Berliner Stadtgerichtes abgedr. im Centralorgan v. 1864 S. 56 u. Busch Archiv Bd. III S. 75.

Geschäfte dieselbe Person ist, ohne weitere rechtliche Bedeutung[1]); die Verschiedenheit der kaufmännischen Persönlichkeiten hat sich durch die Verschiedenheit der Firmen äußerlich kundzugeben und der Verkehr nimmt in solchem Falle von dem bestehenden Zusammenhange keine Notiz.

Z. B. Andreas Maier ist Inhaber der Ultramarinfabrik „Maier und Söhne in Neudorf"; sein Onkel Bartholomäus Fischer betreibt unter der Firma „Gebrüder Fischer" in Althausen eine Glashandlung. Der Onkel stirbt und hinterläßt das Geschäft dem Andreas Maier, der solches unter der alten Firma durch den bisherigen Prokuristen fortführt. Dieß ändert im Geschäftsleben gar nichts; nur wird die subsidiäre Haftung des Gesammtvermögens insoferne von Einfluß sein, als darnach der Kredit des einzelnen Etablissements sich mehren oder mindern wird.

Im letzteren Falle, dem des geschäftlichen Zusammenhanges der verschiedenen Etablissements, lassen sich zweierlei Verhältnisse denken. Es kann das eine Etablissement (Nebenetablissement) nur ein kaufmännisch unselbstständiges, untergeordnetes Glied des anderen (Hauptetablissements) bilden, oder aber die eine Niederlassung (Zweigniederlassung) zwar keine völlig von der anderen (Hauptniederlassung) getrennte Existenz haben, jedoch eine gewisse Selbständigkeit genießen. In diesem Falle hat zwar die Zweigniederlassung, weil sie eben keine von der Hauptniederlassung verschiedene kaufmännische Persönlichkeit besitzt, keine eigene von derjenigen der Hauptniederlassung verschiedene Firma, sie gibt aber ihre kaufmännische Selbständigkeit durch gesonderte Buchführung und durch den speziellen Eintrag der Firma für sich als Zweigniederlassung äußerlich zu erkennen.

Das Nebenetablissement dagegen hat als einfache Hülfsniederlassung weder eine eigene Buchführung, noch überhaupt eine Firma, also nicht eine eigene Firma und auch nicht diejenige des Hauptetablissements als Firma des Nebenetablissements.

Ob die Etablissements eines und desselben Prinzipales verschiedene Häuser, Haupt- und Zweigniederlassungen, oder Haupt- und Neben-(Hülfs-) Etablissements sind, ist eine aus den thatsächlichen Verhältnissen zu entscheidende Frage[2]); doch sind auch hierüber allgemeine Definitionen versucht worden.

---

[1]) Dieß gilt ganz besonders nach Bayerischem Rechte, in welchem (Prioritätsordnung §. 8 N. 5) ein selbständiger Konkurs über die einzelnen Geschäfte stattfindet. Daß demohngeachtet eine subsidiäre Haftung des Gesammtvermögens besteht, ist dadurch nicht ausgeschlossen und es hat Thöl Th. I 107 Note 8 insofern Recht, daß der Wille im Handelsverkehr entschieden auf diese Vollhaftung gerichtet ist. Vgl. übrigens Endemann §. 17 Note 5.

[2]) Vgl. Lesse in Busch Archiv Bd. I S. 255 ff.; Keyßner ebend. S. 265 ff. u. Bd. II S. 55 ff.; eine Uebersicht verschiedener Präjudizien siehe ebend. Bd. II S. 155.

So hat man den Begriff der Zweigniederlassung dahin festzustellen versucht [3]), daß eine solche „ein abhängiges Handelsetablissement sei, welches mit dem des Hauptgeschäftes in Verbindung stehende handelsgewerbliche Zwecke verfolge, demselben seine Kraft zuführe und andererseits von demselben unterstützt werde", wozu noch das Erforderniß einer ständigen Stellvertretung der Hauptniederlassung beizufügen wäre [4]). Als praktische Unterscheidungsmerkmale kann man aufstellen: verschiedene Firma — verschiedene Häuser; gleiche Firma und gesonderte Buchung — Zweigniederlassung [5]); keine Firma, sondern Hülfeleistung für eine Firma —. Nebenetablissement.

2) Das Gesetz verordnet die Eintragung der Firma auch für jede Zweigniederlassung, welche an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung etablirt wird.

Es muß also, um einen Eintrag zu bedingen, eine Zweig-Handelsniederlassung bestehen; zum Begriffe einer Handelsniederlassung im Sinne des Handelsgesetzbuches gehört aber vor Allem eine Niederlassung, es muß sich den Ort, wo der Zweig des Geschäftes betrieben wird, eine zur Führung dieses Geschäftes berechtigte Person zum ständigen Mittelpunkte des Betriebes gewählt haben [6]); es gehört ferner dazu der Handel, es wird erfordert, daß für das betreffende kaufmännische Geschäft und von dem Orte aus, wo solches sich befindet, durch den Inhaber oder durch einen

---

[3]) Erk. des Berliner Stadtgerichtes bei Busch Archiv Bd. I S. 259.

[4]) Renaud, Aktiengesellschaften S. 563.

[5]) Sobald das eine Etablissement (bei gleicher Firma) in den Büchern des anderen als Kreditor und Debitor gebucht wird, darf mit Sicherheit auf die Eigenschaft eines Zweigetablissements geschlossen werden; deshalb dürften die sogenannten Kommanditen nicht als Nebenetablissements, sondern in der Regel als Zweigniederlassungen anzusehen sein (dagegen Endemann S. 81 N. 30); das Unterordnungsverhältniß allein kann nicht entscheiden; auch das Zweigetablissement steht, wie im Texte bereits bemerkt, immer zu dem Hauptetablissement in einem gewissen Unterordnungsverhältnisse. Die Bankkommanditen, Filialbanken, werden wenigstens in Bayern als Zweigniederlassungen angesehen und deshalb im Handelsregister eingetragen.

Daß in einer Zweigniederlassung immer ein Gesellschafter oder Prokurist thätig sein müsse (wie ein Erk. des Berliner Kammergerichtes bei Busch Archiv Bd. II S. 57 annimmt), ist keineswegs nöthig; auch ein Handlungsbevollmächtigter oder sonstiger Bevollmächtigter ist hiezu geeignet. Vgl. Busch Archiv Bd. I S. 268.

[6]) Erk. des Mainzer Obergerichtes in Sachen der Taunusbahn (Busch Archiv Bd. VI S. 129).

hiezu bestellten Vertreter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten, Beamten der Gesellschaft u. s. w.) Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden; eine Niederlassung, an welcher nur faktische Geschäfte erledigt werden, ist keine Handelsniederlassung[7]). Daher können blos gewerbliche Etablissements im engeren Sinne nicht als Zweigniederlassungen angesehen werden und bedürfen deshalb keines Eintrages in das Handelsregister.

Beispiele:

Der in Nürnberg etablirte Steinkohlenhändler Andreas Maier hat in Hof einige Gebäulichkeiten und Räume, in welchen er die aus Sachsen kommenden Steinkohlen lagert und von wo aus er dieselben je nach Bedarf weiter dirigirt. Insofern dieß ein lediglich faktischer Geschäftsbetrieb bleibt, die Bestellungen in Nürnberg gemacht, von hier aus beantwortet, die Sendungen fakturirt und hier die Zahlungen eingenommen werden, kann eine Eintragung der Firma im Handelsregister zu Hof nicht begehrt werden. Oder die Baumwollspinnerei in A. betreibt ihre Geschäfte in A.; von dort geschehen die Baumwolleneinkäufe, sowie die Garnverkäufe, dagegen wird die Fabrikation des Garnes selbst in B. betrieben; hier ist dieses Fabriketablissement keine Zweigniederlassung.

In das Handelsregister sind demnach als Zweigniederlassungen nur diejenigen Niederlassungen einzutragen, welche, wenn sie **allein** beständen, als kaufmännische Etablissements in dasselbe eingetragen werden müßten. Daß der Inhaber eines Hauses, in welchem Kohlen eingelagert werden, dadurch nicht zum Kaufmanne wird, ist gewiß, und es könnte daher das Etablissement des Maier zu Hof im vorigen Beispiele, wenn es für sich allein bestände, sicherlich nicht im Handelsregister eingetragen werden[8]). Zweifelhafter wäre dieß hinsichtlich der Fabrikanstalt in B., (wenn sie auch das zu verarbeitende Material nicht selbst anschafft,) wegen Art. 272 Abs. 1, und es hat auch die Handels- und Gewerbekammer in Prag in einem motivirten Gutachten (siehe die Sammlung von Schebeck S. 25) die Protokollirung derartiger Nebenetablissements verlangt. Dagegen wird es jedenfalls keinem Zweifel unter-

---

[7]) Lutz, Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 188. Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 181 und das in Busch Archiv Bd. III S. 59 abgedruckte Erk. des österreichischen Oberlandesgerichtes zu Wien vom 12. Januar 1864.

[8]) Ebenso wurden in einem Erk. des Kommerz- und Admiralitätskolleg. zu Danzig (Busch Archiv Bd. I S. 395) Holzfelder, Schneidemühlen und Schiffswerfte als Zweigetablissements nicht betrachtet.

liegen, daß auch ein derartiges technisches Etablissement dann als Zweigniederlassung und nicht als bloßes Nebenetablissement erscheint, wenn eine merkantile Thätigkeit von demselben ausgeht, z. B. wenn in dem Kohlenlager zu Hof gleichfalls Kohlen direkt abgegeben und Zahlungen dafür eingenommen werden u. s. w.

Hienach entscheiden sich die einzelnen in dieser Materie bereits entstandenen Kontroversen.

a) Generalagenturen, Hauptagenturen, Subdirektionen (insbesondere von Versicherungsgesellschaften) sind in der Regel abgesonderte selbständige Etablissements, welche die einzelnen Geschäfte ohne nähere Weisungen abschließen, die Gelder einnehmen und auszahlen, aus den Geschäften als Prozeßpartei verklagt werden und klagend auftreten, während sie alles dieses nicht im eigenen, abgeschlossenen Interesse, sondern für das Hauptgeschäft und als integrirenden Theil der allgemeinen Geschäfte vornehmen. Sie sind daher als Zweigniederlassungen anzusehen[9]). Den Unteragenturen gehen alle diese Eigenschaften und Befugnisse ab[10]); sie sind deshalb als Zweigniederlassungen nicht zu erachten.

Auf den Namen kommt es jedoch nicht an; wenn eine als „Hauptagentur" benannte Niederlassung die Geschäfte nicht selbständig abschließen kann, die Poliçen z. B. nicht ausfertigt, die Quittungen nicht ausstellt u. s. w., dann ist sie keine Zweigniederlassung, sondern ein gewöhnliches Hülfsetablissement [11]).

b) Eisenbahnstationen (deren Verwaltungen) sind als Zweigniederlassungen nicht anzusehen[12]). Derartige Verwaltungen sind nicht

---

[9]) In Bayern ist dieß jedoch nicht allgemein der Fall, die Generalagenturen auswärtiger Versicherungsanstalten werden in der Regel nicht eingetragen; dagegen finden sich bei dem Eintrage der Hypotheken- und Wechselbank ihre Versicherungsagenturen vorgemerkt.

[10]) Vgl. die Erk. der Kreisgerichte zu Habelschwerdt und Burg, der Kommerz- und Admiralitätskollegien zu Königsberg und Danzig, und des Kreisger. zu Weimar, abgedruckt im Centralorgan v. 1862 Nr. 28, 30, 40, 112; v. 1863 Nr. 9, 17, 44. Ferner Busch Archiv Bd. I S. 396, 580. Dagegen ein Erk. des Berliner Kammergerichtes bei Busch Archiv Bd. II S. 50. Bestimmte äußere Kennzeichen gibt die sächsische Verordnung v. 24. März 1862 an. (Goldschmidt Zeitschrift Bd. VI S. 582, Busch Archiv Bd. I S. 531.)

[11]) Vgl. Busch Archiv Bd. I S. 191.

[12]) Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten in der Entscheid. der großherz. gothaischen Gerichte betr. die Thüringer Eisenbahngesellschaft (Goldschmidt,

Mittelpunkte eines von der Hauptniederlassung abgezweigten für sich bestehenden und in sich abgegrenzten Geschäftsbetriebes, welcher nur dem Zwecke nach mit dem Hauptgeschäfte zusammenhängt und diesem untergeordnet ist, sondern diese Stationen stellen sich lediglich als Hülfsetablissements dar, welche zur Ausführung des von dem Mittelpunkte des Unternehmens aus geleiteten und dort zusammengefaßten Zweckes behülflich sind [13]). Als selbständige kaufmännische Etablissements können dieselben daher in der Regel nicht angesehen werden; sie sind (wie Goldschmidt sich ausdrückt) nicht Pertinenz, sondern Theil des Hauptunternehmens.

Anders natürlich entscheidet sich die Frage, wenn an diesen Stationen noch sonstige, an sich kaufmännische Nebengeschäfte betrieben werden, z. B. die Produktion von Gas über den eigenen Bedarf hinaus oder, wie bei der Taunusstation in Castel, die Rheinüberführung von Reisenden und Gütern u. s. w.

3) Der zweite Absatz dieses Artikes findet analoge Anwendung, wenn ein Kaufmann sein Geschäft nach einen anderen Ort oder in eine andere Gemeinde verlegt und dorthin mit seiner bisherigen Firma übersiedelt [14]). Wenn der in München im Handelsregister eingetragene Spezereihändler Andreas Mayer sich in Augsburg ein Haus kauft und sein Geschäft dahin verlegt, und es ist bereits eine Firma „Andreas Mayer" im dortigen Handelsregister eingetragen, so muß Andreas Mayer von München seine Firma ändern oder ihr einen unterscheidenden Zusatz geben.

Ueber die Erfordernisse des Unterscheidungsmerkmales ist bereits oben gesprochen; meistens wird schon aus der Bezeichnung als Zweigniederlassung,

---

Zeitschrift Bd. VI S. 583 u. Busch Archiv Bd. I S. 145), in einem Erk. des HG. zu Mainz (Busch Archiv Bd. V S. 124) und einem Erk. des Berliner Stadtger., betr. die Berlin-Potsdam-Magdeburger Eisenbahn (Archiv f. W. R. Bd. XII S. 283 und Centralorgan v. 1863 S. 231).

[13]) Ebenso: Erk. des Kammergerichtes zu Berlin (Centralorgan Neue Folge Bd. I S. 53, citirt bei Busch Bd. V S. 246); und in Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 548, dann Erk. des Appell.-Ger. der freien Stadt Frankfurt (Busch Archiv Bd. II S. 290), ferner Erk. des Obergerichtes zu Mainz (Busch Archiv Bd. VI S. 128), auch Lesse in Busch Archiv Bd. II S. 285 und Goldschmidt a. a. O. S. 549, endlich Ackermann ebend. Bd. VI S. 197, welcher das bisher erwachsene Material zusammengestellt hat. In Bayern sind die Ostbahnstationen nicht eingetragen.

[14]) Abgesehen von den in gewerblicher oder polizeilicher Hinsicht bestehenden Beschränkungen steht eine solche Uebersiedlung Jedermann frei. Insbesondere kann man auch eine erst erworbene Firma transferiren (siehe die Erk. in Busch Archiv Bd. I S. 390).

wenn solche durch Worte wie Kommandite, Filiale u. dgl. in der Firma vorkommt, das Unterscheidungsmerkmal gegeben sein.

4) Der letzte Absatz dieses Artikels wurde erst in der dritten Lesung beigefügt[15]. Man wollte dadurch insbesondere die bei Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bestehende Möglichkeit abschneiden, daß eine solche zwar in das Handelsregister eines Ortes, an welchem dieselbe eine Zweigniederlassung hat, eingetragen ist, auch die vorgeschriebene Veröffentlichung geschehen, die Eintragung am Orte der Hauptniederlassung aber noch nicht erfolgt ist, und die mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung stehenden Personen dadurch zu Schaden kämen, daß die Eintragung nachträglich für unwirksam erachtet werden müßte. Nun steht aber die Wahl des Ortes der Handelsniederlassung (vom civilrechtlichen Standpunkte aus) Jedermann frei und die Thatsache, daß ein Etablissement als Zweigetablissement angesehen werden solle, kann vom Richter, wenn nicht eine ausdrückliche darauf gerichtete Erklärung oder eine Bezeichnung des Etablissements als Zweigniederlassung in der Firma vorliegt, nicht entnommen werden. Demnach enthält der Art. 21 Abs. 3 nicht ein absolutes Verbot der Eintragung eines Zweigetablissements ohne Nachweis des Eingetragenseins der Hauptniederlassung, sondern eigentlich nur die Bestimmung, daß der die Firma einer Zweigniederlassung zum Eintrage Anmeldende, wenn er nicht eine bereits anderwärts erfolgte Eintragung derselben als Firma einer Hauptniederlassung nachweist, alle jene Voraussetzungen darzuthun hat, unter welchen eine Eintragung im Handelsregister überhaupt stattfinden soll[16]. Denn da eine jede Nebensache ihrem Begriffe nach eine Hauptsache voraussetzt, so ist auch der Eintrag einer Zweigniederlassung durch einen schon bestehenden Haupteintrag bedingt; außerdem erscheint dieser erste Eintrag als der Haupteintrag[17].

---

15) Prot. S. 4661.

16) Vgl. die sächsische Verordnung v. 4. April 1862 in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. VI S. 581 und Busch Archiv Bd. I S. 530.

17) Hierdurch ist zwar nicht ausgeschlossen, daß die Frage über die civile Berechtigung zur Führung der angemeldeten Firma nach den Gesetzen des Wohnortes des Anmeldenden zu beurtheilen ist; allein eine den Vorschriften der Art. 16, 17 u. 18 nicht entsprechende Firma eines Ausländers kann, weil diese Vorschriften zu den allgemein zwingenden gehören (Savigny, System Bd. VIII S. 36 u. 38) im inländischen Handelsregister nicht eingetragen werden, wenn auch der Inhaber zur Führung derselben für seine im Auslande befindliche Handelsniederlassung nach den ausländischen Gesetzen befugt ist. Die Entschließung des k. Sächsischen Justizministeriums v. 2. Mai 1863 (in Busch, Archiv Bd. II S. 139) dürfte deshalb nicht zu billigen sein.

Eben hierdurch wird eine offenbar vom Gesetze nicht gewollte Härte vermieden; außerdem vermöchte nämlich ein auswärtiger Kaufmann oder eine auswärtige Gesellschaft überhaupt den Eintrag eines Zweigetablissements nicht zu erwirken, wenn sie z. B. in Ländern, in denen Handelsregister nicht bestehen, ihren Sitz haben, da sie in solchem Falle die Vorbedingung des letzten Absatzes dieses Artikels dem Wortlaute nach nie erfüllen könnten.

Das Handelsregister ist übrigens als justizpolizeiliches Institut von rein territorialer Wirksamkeit; es ist deshalb die im Art. 21 Abs. 3 aufgestellte Voraussetzung nicht als Eintrag in „einem" Handelsregister, sondern als Eintrag in einem Handelsregister des betreffenden Landes aufzufassen. Soferne nicht internationale Verträge eine Abweichung ermöglichen, muß also z. B. eine ausländische Gesellschaft hinsichtlich ihres Eintrages im Register des Landes A ganz nach dieser Auffassung behandelt werden, mag in dem Lande, wo sie ihren Sitz hat, ein Handelsregister bestehen und sie in demselben eingetragen sein oder nicht. In beiden Fällen hat die Gesellschaft, welche ein Etablissement im Staate A errichtet und die Firma zum Handelsregister anmeldet, alle jene Vorbedingungen zu erfüllen, welche überhaupt für die Etablirung eines kaufmännischen Geschäftes und für den Eintrag im Register vorgeschrieben sind. Hiedurch entscheidet sich die vielbehandelte Kontroverse, wie es mit dem Eintrage von Zweigetablissements ausländischer Aktiengesellschaften zu halten sei. Es ist hier auseinanderzuhalten die Frage des Rechtsbestandes der Gesellschaft von der ihres Eintrages in das inländische Handelsregister. Für die erste Frage ist maßgebend der allgemeine Grundsatz des internationalen Privatrechtes, daß die Rechtsfähigkeit nach den Gesetzen des Wohnortes, das heißt also hier des Landes, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat, zu beurtheilen ist. Ebenso wie einer juristischen Person diese Eigenschaft überall zugestanden wird, wenn sie nach ihren Landesgesetzen als solche anerkannt ist, so muß auch die Aktiengesellschaft dann als solche gelten, wenn sie die Genehmigung ihrer Staatsregierung erlangt oder wenn sie, wo eine solche nicht nöthig ist, den sonstigen Anforderungen ihrer heimathlichen Gesetze Genüge geleistet hat [18]). Auch

[18]) Vgl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaften S. 162. Eine andere Ansicht herrscht bekanntlich in der französischen Praxis, welche davon ausgeht, daß die im Code de c. vorgeschriebene staatliche Konzession die Frage der Sphäre des Privatrechtes entziehe und ein staatsrechtliches Postulat sei, weshalb vor Erlangung einer französischen Staatsgenehmigung eine Aktiengesellschaft als gar nicht existirend angenommen, ihr jeder Rechtserwerb, sogar

ohne eine staatliche Genehmigung im Sinne der Art. 208 u. 174 (vgl. die Erläuterungen hierüber) im Inlande erlangt zu haben, können Aktiengesellschaften Eigenthum [19]) und andere Rechte erwerben, Prozesse führen u. dgl. Soferne nun in einem Lande die Betreibung des kaufmännischen Gewerbes und die Errichtung kaufmännischer Etablissements vollkommen frei gegeben ist und insbesondere auch für Fremde, nicht Landesangehörige, von einer besonderen gewerbe- oder allgemein polizeilichen Erlaubniß nicht abhängt, kann auch jede ausländische Aktiengesellschaft oder Korporation sich im Inlande etabliren, ihre Geschäfte ausüben und sich in das Handelsregister eintragen lassen [20]).

Wenn dagegen die Ausländer überhaupt oder wenigstens die ausländischen Korporationen, Stiftungen oder Gesellschaften im Inlande zur Ausübung von Gewerben, zur Etablirung kaufmännischer Institute u. dgl. einer besonderen Genehmigung bedürfen, so können natürlich juristische Personen oder Gesellschaften auch nicht mit einer Zweigniederlassung im inländischen Handelsregister eingetragen werden, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung Seitens der inländischen Regierung erlangt zu haben.

Dieß findet nun auf Preußen Anwendung; das Preußische Gesetz vom 22. Juni 1861 Art. 1 bestimmt: „Juristische Personen des Auslandes dürfen, soferne nicht durch Staatsverträge ein Anderes bestimmt ist,

---

das Recht der Prozeßführung vor französischen Gerichten verweigert wird. Diese Strenge ist modifizirt sowohl durch das französische Gesetz vom 30. Mai 1857 hinsichtlich der belgischen Gesellschaften, als auch durch Staatsverträge, welche Frankreich mit anderen Staaten geschlossen hat, und in denen die wechselseitige Anerkennung der in den kontrahirenden Staaten zu Recht bestehenden Aktien- und anderen Handelsgesellschaften festgestellt ist. Ein Staatsvertrag gleichen Inhalts ist zwischen Rußland und Italien geschlossen (ausgenommen sind die Assekuranzgesellschaften), Oktober 1866. — In Oesterreich sind durch Kaiserliches Dekret vom 6. Dezember 1865 fremde Aktiengesellschaften unter der Bedingung der Reziprozität zugelassen.

[19]) Dieß kann in Folge von Spezialgesetzen eine Beschränkung erleiden; so bestimmt das Preußische Gesetz vom 4. Mai 1846 §. 1: „Ausländische Korporationen und andere juristische Personen des Auslandes können Grundeigenthum innerhalb Unserer Staaten nur mit Unserer Genehmigung erwerben".

[20]) Diese Grundsätze hat auch der oberste Gerichtshof zu Wien ausgesprochen (vgl. Busch Archiv Bd. V S. 229 und Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 553).

nur mit Erlaubniß der Ministerien in Preußen ein stehendes Gewerbe treiben". Die Praxis dehnt dieß auch auf Aktiengesellschaften aus und zwar mit Recht, denn es sprechen dieselben rechtlichen und polizeilichen Erwägungen wie hinsichtlich der juristischen Personen, so auch für den Vorbehalt der Oberaufsicht über die Etablirung solcher ausländischen Aktienunternehmungen im Lande. Durch Staatsverträge kann natürlich auch hier eine Aenderung geschaffen werden.

Die bisher behandelten Fragen sind nicht zweifelhaft; schwieriger aber ist die Frage, wie weit der Ausdruck Staatsverträge reicht, speziell ob es, um von dem Erfordernisse einer inländischen staatlichen Genehmigung absehen zu können, genügt, wenn durch ein Gesetz [21]) oder durch einen Staatsvertrag die Angehörigen eines auswärtigen Staates den Inländern hinsichtlich des Gewerbe- oder Handelsbetriebes vollkommen gleichgestellt sind? Dieß muß verneint werden, und zwar deshalb, weil ja auch die inländischen Aktiengesellschaften einer Prüfung ihrer Statuten und besonderen staatlichen Genehmigung bedürfen, sonach in der gestellten Anforderung keine die Ausländer als solche treffende Benachtheiligung liegt, sondern vielmehr umgekehrt in dem Wegfalle der Genehmigung eine Bevorzugung der Ausländer liegen würde [22]).

5) Das Handelsgesetzbuch bestimmt nicht näher, in welcher Weise Zweigniederlassungen im Handelsregister eingetragen werden sollen. In Folge

---

[21]) So bestimmt z. B. der Art. 76 des Bayerischen Einf.-Ges.: In allen Handelssachen, sie mögen zur Kompetenz der Handelsgerichte oder der gewöhnlichen Gerichte gehören, findet zwischen bayerischen Staatsangehörigen und den Angehörigen anderer deutschen Bundesstaaten, in denen das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch gilt, ein Unterschied nicht statt.

[22]) Für Bayern ist die Frage durch die Gewerbsinstruktion vom Jahre 1853 §. 211 ausdrücklich entschieden, indem hierin jede Konzessionirung einer „anonymen Gesellschaft oder einer Korporation" der Königlichen Genehmigung vorbehalten ist. Hiernach bedürfen also inländische, wie ausländische Korporationen oder Aktiengesellschaften zum Gewerbebetriebe und zur Etablirung einer besonderen Königlichen Erlaubniß und ohne diese, welche inländischen zugleich mit der in Art. 176 u. 208 erforderlichen Anerkennung als Gesellschaft, als Rechtssubjekt, ertheilt zu werden pflegt, kann ein Eintrag im Handelsregister nicht stattfinden. Beispiel: So war die in Hüttensteinach (Herzogthum Sachsen-Meiningen) domizilirende Eisenhüttengesellschaft sowohl im Herzogthume Meiningen, als auch im Königreiche Bayern staatlich genehmigt, so daß sie im Handelsregister zu Nürnberg eingetragen werden konnte.

der Unklarheit, welche über den Begriff der Zweigniederlassung selbst herrscht, mußten auch über die Form der Eintragung Kontroversen entstehen. Es wird nämlich gestritten, ob bei der Eintragung der Hauptniederlassung in das Handelsregister des Ortes, wo sich dieselbe befindet, zugleich die Zweigniederlassung mit angezeigt werden müsse, welche der Inhaber der Hauptniederlassung an einem anderen Orte hat, und umgekehrt, ob bei dem Eintrage der Zweigniederlassung zugleich deren Hauptniederlassung mit angezeigt werden müsse.

In manchen Einführungsgesetzen, z. B. im Badischen[23]) und im Bayerischen[24]) ist letzteres bestimmt (Bayer. Instrukt. vom 30. April 1862 §. 10 u. 11), aber auch wo solches nicht der Fall sein sollte, folgt es aus dem Begriffe der Zweigniederlassung, welche nur in Bezug auf eine Hauptniederlassung gedacht werden kann[25]). Man muß sogar bezweifeln, ob nicht in der Firma der Zweigniederlassung selbst dieses Merkmal deutlich hervortreten sollte, wie dieß in den Hauptfällen ohnehin regelmäßig zu geschehen pflegt, indem nur dadurch Irrungen und Täuschungen des Publikums vermieden werden können.

Eine Bank z. B. bezeichnet ihre Zweigniederlassungen stets als Filialbank oder dergleichen; auch andere Aktiengesellschaften werden in ähnlicher Weise ihre Hauptniederlassungen von der Zweigniederlassung durch den Namen unterscheiden.

---

[23]) Vollzugsverordnung §. 20.

[24]) Abgedruckt bei Lutz Kommentar S. 52.

[25]) Dieselbe Ansicht vertritt Busch im Archiv Bd. I S. 169. Eine andere Ansicht hat das Preußische Justizministerium vertreten, vgl. Busch Archiv Bd. I S. 397; auch schreibt der §. 31 der Preußischen Instruktion über die Führung der Handelsregister ganz allgemein vor, daß bei der Anmeldung jeder Firma zugleich die Zweigniederlassung erwähnt werden muß, wenn die Zweigniederlassung sich in demselben Gerichtssprengel wie die Hauptniederlassung befindet; in das Register wird dann ein Vermerk über die Zweigniederlassung eingeschrieben.

Art. 22.

Wer ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt, kann dasselbe unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben oder die etwaigen Miterben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen.

Pr. E. Art. 26. I. E. Art. 24. II. E. Art. 21. Prot. S. 38 ff., 920 ff.

1) Das Prinzip, daß die Firma ihren Träger so genau als möglich bezeichnen müsse, kann nicht als eine ausnahmslose Regel anerkannt werden [1]; die Natur der Sache und das Interesse der Handelswelt erfordern gleichmäßig, in gewissen Fällen von ihr abzuweichen. Die Erfahrung zeigt, daß der einer Handlung gewährte Kredit häufig an der Firma haftet, und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergeht, die Firma also gewissermaßen zu einem Sachnamen, zu dem Namen des Geschäftes geworden ist. Eine Aenderung derselben hat nicht selten die erheblichsten Störungen der bestehenden Geschäftsverbindungen zur Folge, so daß die Fortführung eines Geschäftes durch Erben oder andere Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers ohne die Erlaubniß der Beibehaltung der alten Firma thatsächlich auf die größten Schwierigkeiten stoßen würde. Die Handelswelt hat daher, abgesehen davon, daß die Erhaltung alter berühmten Firmen für einen Ehrenpunkt gilt, auch ein vermögensrechtliches Interesse an der Fortführung bestehender Firmen und hat demselben wenigstens im Europäischen Handelsgebrauche fast allgemein durch unbedingte Gestattung der Uebertragung der Firmen auf die Geschäftsnachfolger einen Ausdruck gegeben.

Das Handelsgesetzbuch hat in den Artikeln 22 und 24 dasselbe Prinzip

---

[1]) Diese Sätze sind den Motiven zum Pr. E. S. 17 entnommen; es dürfte aber in dieser Hinsicht den kaufmännischen Vorurtheilen zu große Rechnung getragen worden sein; die Sicherheit des Verkehres würde wesentlich gewonnen haben, wenn wenigstens mit der erworbenen Firma stets der wirkliche Name hätte verbunden werden müssen. So wie das Gesetz jetzt liegt, ist Goldschmidt's Bemerkung (Gutachten zum Entwurf zweiter Lesung S. 26) sehr wahr, daß gerade das angebliche Prinzip der Firmenwahrheit die Täuschung des Publikums befördert.

angenommen und etwaige Täuschungen des Publikums durch die in Art. 25 angeordnete Publizität und durch die auf Unterlassung der Veröffentlichung solcher Firmenübergänge gesetzten Präjudizien zu vermeiden getrachtet.

2) Bestehendes Handelsgeschäft.

Das Gesetz hat allerdings nicht unterschieden, ob das erworbene Geschäft bisher Haupt- oder Zweigniederlassung gewesen ist, und es hat sich deshalb die Kontroverse erhoben, ob nicht auch eine Zweigniederlassung mit dem Rechte erworben werden könne, die bisherige Firma fortzuführen [2]). Diese Frage dürfte jedoch zu verneinen sein. Die Motive, aus welchen die Uebertragbarkeit der Firmen vom Gesetzgeber angenommen wurde, passen zwar auf den Fall der Veräußerung eines wirklichen, in dem Verkehrsleben bekannten und wirksam gewesenen Hauptgeschäftes, nicht aber auch auf die Abtretung des Zweiges eines solchen Geschäftes und es kann nicht im Interesse des kaufmännischen Verkehres liegend erachtet werden, daß eine alte wohlrenommirte Firma durch Ueberlassung beliebiger Zweigniederlassungen in's Unendliche vervielfacht werde.

Würde man aber auch auf diese Utilitätsgründe kein Gewicht legen wollen, so müßte doch die Unzulässigkeit der Firmen-Uebertragung sich schon aus dem Begriffe der „Zweigniederlassung" und der Art des Eintrages ihrer Firma ergeben.

Eine Zweigniederlassung ist kein in sich abgeschlossenes, selbständig bestehendes und nur von sich abhängiges Geschäft; sie hat ihre Existenz durch das Hauptgeschäft und wurzelt in demselben; sobald also ein solches Geschäft von der Hauptniederlassung abgetrennt und auf sich selbst gestellt wird, hört es eben auf, eine Zweigniederlassung zu sein und wird Hauptniederlassung, es wird ein neues, bisher noch nicht vorhandenes Geschäft. Das Handelsgesetzbuch erlaubt aber nur die Uebertragung der Firma, wenn das bestehende Geschäft, also das Geschäft, so wie es besteht, übergeht; die Zweigniederlassung als Zweigniederlassung und so, daß sie als Zweigniederlassung, wie bisher, bestehen bleibt, kann aber ihrem Begriffe nach ohne das Hauptgeschäft nicht übertragen werden, also auch nicht ihre Firma.

Der Eintrag der Firma einer Zweigniederlassung muß überdieß, richtig eingetragen, die Eigenschaft des Geschäftes als Zweiggeschäft darthun, denn nur darin unterscheidet sich derselbe vom Eintrage eines dem gleichen

---

[2]) Verneint von dem Kommerz- und Admiralitäts-Colleg zu Danzig (Centralorgan N. F. Bd. I S. 56). Bejaht von dem App.-Ger. zu Marienwerder (Busch Archiv Bd. IV S. 129).

Inhaber gehörigen zweiten selbständigen Geschäftes. Würde also z. B. Otto Müller die Zweigniederlassung des in Stettin etablirten Buchhändlers Leon Schulze mit der bisherigen Firma erwerben, so müßte sein Eintrag die Bemerkung „Hauptniederlassung in Stettin" beibehalten, denn eine Firma mit beliebiger Aenderung zu übernehmen, gestattet das Handelsgesetzbuch nicht. Da nun hierdurch der Eintrag ein offenbar unwahrer würde, so ist ersichtlich, daß eine solche Uebertragung überhaupt nicht zulässig ist.

3) Vertrag oder Erbgang.

Die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, durch welches eine Firma übertragen wird, ist nach den civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen; deshalb wird es insbesondere darauf, ob Immobilien mit dem Geschäfte veräußert werden, ankommen, um ermessen zu können, ob eine notarielle (gerichtliche) Urkunde nothwendig ist oder nicht.

Uebrigens ist unter dem Ausdrucke Vertrag oder Erbgang neben der testamentarischen und Intestat- (Notherb-) Folge jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen zu begreifen; z. B. Verkäufe, Tauschverträge und Vermächtnisse; auch bei schenkungsweiser Ueberlassung, bei einem Vergleich oder Verzicht Seitens des bisher Berechtigten wird der Art. 22 zur Anwendung zu kommen haben.

Die Verpachtung [3]) fällt gleichfalls unter die Vorschrift dieses Artikels; Zwar ist dieselbe keine Erwerbungsart im engeren Sinne, wenn darunter der Erwerb zum Eigenthum verstanden wird; allein es gehört die Verpachtung zur Veräußerung im weiteren Sinne [4]), ja es dürfte eher die Frage aufzuwerfen sein, ob der Pächter eines Handelsetablissements das Geschäft unter einer anderen als der Firma des Verpächters überhaupt betreiben dürfe, und es scheint die Meinung den Vorzug zu verdienen, welche dem Pächter die Führung des eigenen Namens als Firma nur mit Zustimmung des Verpächters gestattet wissen will, weil in einer solchen Firma-Aenderung eine wesentliche Alterirung des Pachtobjektes liegt.

4) Unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz.

Der Artikel 22 enthält eine Erlaubniß und ein Verbot; die Erlaubniß, mit Einwilligung der Berechtigten die bisherige Firma fortzuführen,

---

[3]) Ueber solche Verpachtungen im Allgemeinen siehe das Erkenntniß des OAG. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. XVI S. 532.

[4]) Vgl. Goldschmidt Handbuch §. 57 und Sammlung handelsrechtl. Entscheidungen Bd. II S. 120.

das Verbot, dieses ohne Einwilligung der Berechtigten zu thun. Wie die Erlaubniß, so erstreckt sich auch das Verbot auf beide in obiger Alternative enthaltenen Fälle. Ohne Einwilligung der Berechtigten darf also der neue Erwerber seiner eigenen Firma auch nicht einen das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatz beifügen.

Wenn daher z. B. Andreas Mayer bei der Erbtheilung das Geschäft des Benno Fischer erhält, die Miterben gestatten aber die Fortführung der bisherigen Firma nicht, so darf Mayer weder „Benno Fischer", noch „Benno Fischer's Nachfolger", noch etwa „Benno Fischer's sel. Erben" firmiren.

Dieß wurde bei der Berathung des Artikels ausdrücklich konstatirt [5]), und nachdem das Gesetz zwischen „vorsetzen" und „anhängen" des Zusatzes einen Unterschied nicht gemacht hat, wird auch das Anhängen eines Zusatzes an die eigene Firma nicht zu dulden sein [6]).

Indem das Gesetz lediglich gestattet, die bisherige Firma mit oder ohne Zusatz zu führen, hat dasselbe zugleich die Aenderung der Firma selbst untersagt. Dieß gibt nicht nur der Wortlaut des Gesetzes zu erkennen, sondern es folgt dieß auch aus den Motiven, welche zur Annahme jener Bestimmung geführt haben; denn diese passen sämmtlich nur auf die unveränderte Fortführung einer althergebrachten Firma, nicht anf Benützung einer solchen zur Umgehung der Vorschrift des Art. 19. Wenn ein Haus unter der Firma: „Anselm Moro Vater und Sohn" Jahrhunderte lang bestanden hat und in der kaufmännischen Welt einen guten Namen genießt, so mag es gebilligt werden, dem Schwiegersohne Ludwig Bernini zu gestatten, bei der Uebernahme des Geschäftes die alte Firma fortzuführen, dafür aber, daß derselbe „Anselm Moro" firmiren dürfe, besteht keinerlei Motiv.

5) Ausdrücklich.

Eine stillschweigende Einwilligung, etwa weil im Vertrage nicht die Fortführung verboten ist, oder die Betheiligten nicht sofort die Fortführung beanstanden oder dagegen einschreiten, soll demnach nicht zugelassen sein. Daraus folgt, daß der Handelsrichter den Eintrag des neuen Firmeninhabers unter der bisherigen Firma nicht ohne genügenden Nachweis vornehmen darf, und daß demnach entweder Seitens der Berechtigten persönliches Erscheinen

---

[5]) Prot. S. 921.

[6]) Es wird also in obigem Beispiele Andreas Mayer auch nicht firmiren dürfen: „Andreas Mayer, vormals Benno Fischer".

erfolgen oder daß eine beglaubigte Erklärung ihrer Einwilligung beigebracht werden muß.

6) Willigen.

Die Einwilligung muß von allen denjenigen Personen ertheilt werden, welche ein Recht an dem Geschäfte haben [7]. War also das Geschäft bisher Eigenthum mehrerer Personen, so müssen alle einwilligen; z. B. das Banquiergeschäft: „Theodor Multer-Spengler" gehört dem Sohne und den beiden Töchtern des verstorbenen Banquiers; der Sohn verkauft für sich und als Bevollmächtigter seiner Schwestern dasselbe an den A.; hier müssen die beiden Schwestern gleichfalls ausdrücklich (wenn dieses nicht schon in der Verkaufsvollmacht erwähnt ist) in die Fortführung einwilligen. Geht das Geschäft durch Erbschaft auf denjenigen allein über, welcher die Firma fortführen will, so bedarf er keiner Einwilligung Dritter; ebenso, wenn dasselbe einem von mehreren Erben mit der Firma ausdrücklich vermacht ist; in diesem Falle hat der bisherige Geschäftsinhaber in die Fortführung der Firma eingewilligt dadurch, daß er dieselbe mit dem Geschäfte auf den einen Erben übertrug. Uebrigens muß das in Art. 22 gebrauchte Wort „Miterben" allgemein aufgefaßt und nicht auf das Geschäft als solches bezogen werden. Gesetzt den Fall, der Ultramarinfabrikbesitzer Meinhold Mumberger hinterläßt sein Vermögen seinen drei Neffen Bornhelm zu gleichen Theilen, verfügt aber, sein Neffe Meinhold Bornhelm solle als Prälegat das Fabrikgeschäft mit allen Aktiven und Passiven für sich haben, so bedarf Meinhold Bornhelm zur Fortführung der bisherigen Firma immerhin der Zustimmung der beiden anderen Neffen; denn diese sind, wenn auch nicht Miterben des Geschäftes, so doch Miterben des Vermögens im Allgemeinen [8]).

Eine besondere Erwähnung muß hier noch der Wittwen geschehen. Bei den Berathungen [9]) wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht die Uebertragung der Firma durch Vertrag oder Erbgang auf andere Personen von der Einwilligung der Wittwe (oder, mit Beziehung auf den Nachlaß einer Ehefrau, des überlebenden Ehegatten), selbst wenn sie nicht Erbin ihres

---

[7]) Von Amtswegen ist dieselbe nicht einzuholen. Vgl. Busch Archiv Bd. IX S. 449.

[8]) In wie weit der Erblasser die Fortführung der Firma letztwillig verbieten kann, s. Voigtel in Busch Archiv Bd. X S. 78 ff.

[9]) Protok. S. 38.

Mannes ist, ebensosehr abhängig zu machen sei, als von der Zustimmung der Erben des bisherigen Firmeninhabers. Allein diese Beschränkung wurde nicht beliebt; denn wenn auch dafür die Erwägung sprechen könnte, daß die Wittwe da, wo sie nicht zugleich als Erbin ihres Ehemannes ein materielles Interesse an dem Uebergange der Firma besitzt, doch jedenfalls ein beachtenswerthes persönliches Interesse daran hat, zu wissen und zu erwägen, an wen der Geschäftsname ihres Ehegatten übergehen solle, so ist doch die Rücksicht überwiegend, daß durch eine solche Einsprache eines an sich unberechtigten Dritten in das Eigenthum eines Anderen eingegriffen würde, solche Eingriffe aber strenge auf das Nothwendigste beschränkt werden müssen. Hierbei kommt jedoch zu erwägen, daß nach manchen Gewerbsgesetzgebungen [10]) die überlebende Wittwe das Recht hat, das Geschäft ihres verstorbenen Ehemannes fortzuführen; doch wird auch hier zur Fortführung der Firma die Zustimmung der Miterben, beziehungsweist des Vormundes der Kinder erforderlich sein [11]) und dem Handelsgesetzbuche gegenüber auch eine etwaige ausdrückliche gewerbsgesetzliche Bestimmung, wonach die Wittwe unter dem Namen des Mannes das Geschäft fortführen darf, keine Wirkung haben.

Es ist ohne Relevanz, ob der neue Erwerber die bisherige Firma an demselben oder an einem anderen Orte fortbetreiben will, sofern er nur das bisherige Geschäft verlegt und nicht etwa blos die Firma auf ein anderes schon betriebenes Geschäft transferiren will. So kann z. B. Andreas Mayer, welcher bereits in Nürnberg eine Sortiments-Buchhandlung besitzt und die Verlagsbuchhandlung des Benno Fischer in Holdorf gekauft hat, unbezweifelt das Geschäft nach Nürnberg ziehen und mit Einwilligung des Fischer, (welche sich übrigens auf die Transferirung nicht zu erstrecken braucht,) die alte Firma fortführen; dagegen kann er diese Firma nicht auf sein bisheriges Sortimentsgeschäft förmlich übertragen [12]).

Desgleichen kann derjenige, welcher durch Erwerb Eigenthümer einer ihm an sich nicht zustehenden Firma geworden ist, auch Zweigniederlassungen mit

---

[10]) Wo diese ein solches Recht nicht gewähren, kann es aus dem Civilrechte nicht gefolgert werden, s. das Lübecker Erkenntniß in Goldschmidt Zeitschrift. Bd. VI S. 577.

[11]) Ein Anderes ist es bei den häufig, namentlich den Gewerben zu offenem Kram und Laden, (zur offenen Tasche) vorkommenden Fällen, wo die Eheleute gemeinsam Geschäftsinhaber sind und daher nach dem Ableben des Einen das Geschäft dem Ueberlebenden verbleibt, wenn auch hiebei Herauszahlungen an Kinder oder Verwandte bedungen sind.

[12]) Dagegen kann der praktische Erfolg, soferne Gewerbsgesetze nicht entgegen=

der erworbenen Firma begründen. Hat Konrad Cunzelt mit seinem Bruder das Geschäft seines Onkels David Dunolf in München geerbt und ist durch Vertrag ihm die Firma gestattet, so ist er berechtigt, eine Zweigniederlassung unter der Firma David Dunolf in Augsburg zu errichten.

7) Der Artikel 22 bezieht sich (wie auch Art. 24) nicht blos auf den nach Erscheinen des a. d. HGB. stattfindenden Erwerb, sondern ist allgemein auf jeden auch früher stattgehabten rechtlichen Uebergang zu beziehen [13]). Das heißt, wenn Jemand eine Firma zum Handelsregister neu anmeldet, welche dem Art. 16 des a. d. HGB. zuwiderläuft, er kann aber nachweisen, daß er das Geschäft mit dieser Firma vor Einführung des Handelsgesetzbuches auf rechtmäßige Weise erworben und die Zustimmung des bisherigen Inhabers zur Fortführung erlangt hat [14]), so ist die Firma einzutragen [15]). Dieser Fall wird übrigens jetzt kaum mehr vorkommen, der Grundsatz war besonders in der Uebergangsperiode von praktischer Wichtigkeit.

Wenn aber der Erwerb erst nach der Promulgation des a. d. HGB. stattgefunden hat, so wird der Eintrag einer solchen Firma nicht zulässig sein. Z. B. Andreas Mayer legt dem Handelsgerichte den Nachweis vor, Benno Fischer habe seit zwei Jahren unter seinem eigenen Namen ein Hopfenhandelsgeschäft betrieben, was derselbe jedoch zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden unterlassen habe. Er, Mayer, und sein Vetter Schulze, seien Erben des Fischer, er habe das Geschäft übernommen und sein Miterbe Schulze habe ihm die Fortführung der bisherigen Firma

---

stehen, allerdings dadurch erreicht werden, daß der Erwerber des Geschäftes sammt Firma sein früheres Geschäft aufgibt und dessen Inhalt im neuen Geschäfte treibt, z. B. wenn in obigem Beispiele Andreas Mayer seine Sortimentshandlung aufgibt, die Firma löschen läßt und nun die bisher nur mit Verlag sich beschäftigende Buchhandlung zugleich auf Sortimentsgeschäfte erstreckt.

[13]) Anderer Ansicht das App.-Ger. zu Cöln, jedoch auf Grund des Preuß. Einf.-Ges. Art. 65 (Centralorgan v. 1862 S. 242).

[14]) Natürlich muß der frühere Eigenthümer die Firma selbst mit Recht geführt haben; wenn nach dem Erscheinen des a. d. HGB. Jemand eine seinem Namen nicht entsprechende Firma annimmt und sie dann veräußert, ohne sie vorher eintragen zu lassen, so wird der Erwerber derselben zur Führung selbstverständlich nicht berechtigt; wie weit aber der etwa erfolgte Eintrag ihm nützen kann, wird nach den Umständen zu ermessen sein.

[15]) Vgl. das Erk. des HAG. zu Nürnberg: Sammlung Bd. I S. 103.

bewilligt. Dieser Eintrag wird nicht stattfinden können, da das Handelsgericht einer nicht eingetragenen Firma eine Wirksamkeit nicht beilegen kann.

Art. 23.

Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zuläßig.

Pr. E. Art. 27. I. E. Art. 25. II. E. Art. 22. Prot. S. 39, 41, 1431 ff.

Die Bestimmung des vorstehenden Artikels folgt nothwendig und unmittelbar aus dem Begriffe der Firma. Denn nachdem die Firma nur der Name des Kaufmannes als Geschäftsinhabers, in seiner Funktion als kaufmännische Persönlichkeit ist, sonach die Firma nicht als selbstständige Sache, ja überhaupt nicht als Sache, sondern nur als Bezeichnung und zwar als Bezeichnung eines Rechtssubjektes erscheint, so ergibt sich, daß die Firma niemals Objekt einer Veräußerung, überhaupt einer vermögensrechtlichen Behandlung zu werden vermag [1]), sondern am Geschäfte haften muß und ohne dasselbe nicht auf einen Anderen übergehen kann [2]).

Objekt der Veräußerung bleibt in diesen Fällen das Geschäft als solches; das Geschäft als ein Komplex von Sachen und Rechten, als eine vermögensrechtliche Gesammtheit, ist allein der taugliche Gegenstand für eine Veräußerung, wobei die Befugniß, die bisherige Bezeichnung fortzuführen, eine nebensächliche Frage bildet, deren Bejahung oder Verneinung das eigentliche Vertragsobjekt nicht berührt.

Wollte Andreas Mayer dem Benno Fischer seine Firma ohne das Geschäft übertragen, so wäre dieß nichts Anderes, als wenn ein Privatmann dem anderen gestatten wollte, das Gesetz, welches vorschreibt, der Kaufmann habe unter seinem Namen zu firmiren, zu umgehen und mit dem ihm nicht gehö-

---

[1]) Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Befugniß, sich dieser bestimmten Bezeichnung zu bedienen, einen pekuniären Werth haben könne.

[2]) Ebensowenig als der Mensch seinen Namen auf einen Anderen übertragen kann; ich kann gestatten, daß ein Anderer denselben Namen führe wie ich, allein meinen Namen, so daß ich nun keinen Namen mehr hätte, kann ich ihm nicht geben.

renden Namen zu zeichnen. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind juris publici.

Indem das Gesetz es für unzulässig erklärt, die Firma ohne das Geschäft zu übertragen, hat es zugleich gestattet, dieselbe mit dem Geschäfte einem Anderen zu überlassen, doch bestimmen die Art. 22 u. 24, welche darüber nähere Vorschriften geben, daß die Firma nicht stillschweigend und kraft Gesetzes mit dem Geschäfte übergeht, sondern ausdrücklich übertragen werden muß, woraus sich ergibt, daß die Firma nicht etwa als Pertinenz des Geschäftes angesehen werden kann. Es fragt sich nun, was in den Art. 22, 23 u. 24 unter Uebertragung des Geschäftes verstanden wird?

Das Geschäft ist, wie bereits bemerkt[3]), ein Inbegriff von Sachen (Waaren, Geräthschaften, Gebäuden u. s. w.), von Obligationen (Forderungen, Außenständen und Schulden, Rückständen), von Beziehungen und Verhältnissen im Verkehrsleben (Kundschaft, Geschäftsruf, Kredit).

Wenn nun ermittelt werden soll, was unter dem Geschäftsübergange in den erwähnten Artikeln verstanden wird, so muß vor Allem von der dritten Gruppe der Geschäftsbestandtheile abgesehen werden; denn diese hängen zumeist[4]) mit der kaufmännischen Persönlichkeit als solcher, deßhalb also mit der Firma zusammen; es würde demnach lediglich ein Zirkel sein, wenn man sagen wollte, die Firma kann dann übertragen werden, wenn das Geschäft mit seiner Kundschaft u. s. w. übergeben wird[5]).

Andererseits wird nicht zu bezweifeln sein, daß bei einer Veräußerung nur der Inbegriff der Sachen, welche zum Geschäfte gehören, nach der Absicht der Parteien Vertragsobjekt sein kann.

Allein in diesem Falle wird nach den am Anfange dieses Titels gegebenen Erörterungen nicht von einer Uebertragung des Geschäftes, sondern von einer Veräußerung der äußeren Erscheinungsmittel des Geschäftes, von einer Uebertragung des Etablissements gesprochen werden

---

[3]) Vgl. hierüber Endemann S. 86 ff.

[4]) Die Kundschaft kann auch zum Theile an dem Geschäftslokale hängen, allein dieß wird nicht häufig der Fall sein; wenn z. B. der bisherige Firmeninhaber unter seiner Firma neben oder gegenüber dem bisherigen Laden ein Geschäftslokal öffnet, so wird die Kundschaft eben wieder zu ihm und nicht zu demjenigen gehen, der zwar den früheren Laden hat, aber eine andere Firma führt.

[5]) Darin eben liegt die Spitze des Art. 23, daß man die Uebertragung der Firma nicht als Mittel benützen soll, zum Nachtheil der Gläubiger die Kundschaft einem Anderen zu überlassen.

müssen, bei welcher zwar das Etablissementszeichen, der Etablissement-Name, nicht aber der Geschäftsname, übergeht. Soll die Bezeichnung der kaufmännischen Persönlichkeit, das heißt die Firma, auf einen Anderen übergehen, so kann dieß nur so geschehen, daß dieser Andere vollkommen in die bisherige kaufmännische Persönlichkeit eintritt, daß er das Geschäft als solches, in seiner Gesammtheit übernimmt [6]), daß er die Person des bisherigen Geschäftsinhabers in seiner eigenen Person fortsetzt.

Daraus folgt, daß die Artikel 22 und 24 nur einen solchen Uebergang des Geschäftes im Auge haben, bei welchem das ganze Geschäft, die Geschäftsbestandtheile in ihrer Gesammtheit, das Etablissement, die Waaren und die Aktiven und Passiven übertragen werden, und daß der Art. 23 jede Ueberlassung der Firma, wenn nicht das Geschäft in dieser Gesammtheit übernommen wird, als unzulässig erklärt [7]).

Daß dieses die Meinung des Gesetzes ist, ergibt sich deutlich aus den Protokollen [8]), wo unter Anderem ausdrücklich bemerkt wird, „es habe bei der Diskussion der Artikel darüber kein Zweifel bestanden, daß es sich nur um solche Fälle handeln könne, in welchen das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiva und Passiva übergehen"; und ferner, „das Gesetz verbiete mit Recht die Uebertragung einer Handlung ohne Aktiva und Passiva" [9]).

---

[6]) Hiebei ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß einzelne Waaren, Utensilien, Forderungen, Schulden, ja Kundschaften, vorbehalten bleiben. Ich kann meine Spielwaarenfabrik mit der Firma veräußern, mir aber das indische Geschäft vorbehalten u. s. w.

[7]) Ebenso Thöl §. 19[c] Note p, v. Hahn S. 73, vgl. auch das Erk. in Busch Archiv Bd. IX S. 465; anderer Meinung Endemann S. 95 Note 55 und ein Erk. des hessischen Hofgerichtes in Busch Archiv B. VIII S. 174.

[8]) Pr. S. 39, 41. In den Verhandlungen der zweiten Lesung Prot. S. 1431 ff. (insb. S. 1433) sind zwar auch entgegengesetzte Ansichten kundgegeben worden, allein die Schlußabstimmung hat keineswegs ergeben, daß diese als maßgebend adoptirt worden seien.

[9]) Darüber, wann die Aktiva und Passiva eines Geschäftes auf den Erwerber desselben übergehen, im Falle die Firma nicht mit übertragen wird, bestimmt das Handelsgesetzbuch nichts; es haftet allerdings auch derjenige, welcher ein Geschäft erwirbt und dasselbe unter seiner eigenen Firma betreibt, für die Geschäftsschulden den Geschäftsgläubigern, im Falle das Geschäft als solches in seiner Gesammtheit Gegenstand des Vertrages war, ob dieß aber in einem bestimmten Falle beabsichtigt und geschehen sei, ist, wie unter Nr. 2 u. 3 erörtert werden wird, eine faktische Frage. Vgl. das Präjudiz

2) Welche Rechtsgeschäfte genügen, um den Uebergang eines Handlungsgeschäftes auf einen Anderen zu bewirken, ist nach den civilrechtlichen Bestimmungen zu ermessen; daß aber eine solche Uebertragung in einem Rechtsakte geschehen kann, ist nicht zu bezweifeln. Ob nun das Geschäft als solches, in seiner Gesammtheit, mit allen Aktiven und Passiven übertragen werden sollte oder nicht, ist unter Anwendung der Interpretationsregel des Art. 278 aus dem Inhalte des Vertrages zu ermitteln[10]).

Dagegen gibt die Ueberlassung und die Uebernahme der bisherigen Firma nach Art. 23 nicht blos eine Vermuthung für Uebernahme des Geschäftes im Ganzen, sondern es bewirkt dieselbe diese Uebernahme kraft des Gesetzes; wer die Firma führt, haftet unbedingt und unbeschränkt für alle Schulden und ist Gläubiger in allen Forderungen des Geschäftes, welches unter der Firma geführt wird, ohne Rücksicht darauf, welche physische Person als Geschäftsinhaber dieselben kontrahirt hat[11]).

Dieß gilt nicht blos Dritten gegenüber, sondern auch unter den Kontrahenten; unter diesen kann jedoch selbstverständlich ausbedungen werden, daß der neue Uebernehmer dem früheren für die eingehenden Aktiva Ersatz leiste oder wegen der zu tilgenden Passiva Entschädigung erhalte. Hiefür spricht aber nicht etwa eine Vermuthung, vielmehr wird, so lange nicht das Gegentheil aus einer ausdrücklichen Stipulation oder aus dem Inhalte des Vertrages (z. B. wegen Mißverhältnisses des Preises) hervorgeht, eine solche Pflicht nicht anzunehmen sein.

Was nun die Aktiva betrifft, so folgt schon aus den allgemeinen Bestimmungen über Cessionen, daß hier die Dritten an den Geschäftsübergang gebunden sind. Nur die Firma ist Geschäftsgläubigerin[12]), nur ihr Träger ist berechtigt, Geschäftsforderungen einzuziehen, der Schuldner, welcher dem früheren Geschäftsinhaber zahlt, tilgt seine Schuld nicht.

Anders hinsichtlich der Passiva. Daß sich die Gläubiger ohne Wei-

---

in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI S. 590. Der Unterschied liegt also darin, daß er ohne Firmaübergang die Forderungen und Schulden übernommen haben kann, mit Firmaübergang aber die Forderungen und Schulden übernommen haben muß.

10) Vgl. v. Hahn S. 73 §. 4 und die Erörterungen unter Ziffer 3.

11) Unter Forderungen und Schulden sind hier die actiones et debita verstanden, ob andere Obligationsverhältnisse übergehen, bedarf besonderer Untersuchung; über den Hauptfall, ob die Engagementsverträge aufrecht erhalten bleiben, siehe unten zu Titel VI.

12) Ueber die Wirkungen der Nichtveröffentlichung siehe Art. 25.

teres an den Firmaträger halten dürfen, wird nicht bestritten werden können[13]); aus Art. 23 folgt sogar, daß dieses Recht selbst durch eine zwischen dem bisherigen Geschäftsinhaber und dem neuen Erwerber geschlossene Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann, denn dieß ist ja gerade der Zweck des Artikels.

Dagegen wird man nicht zugeben können, daß sich die Gläubiger an den neuen Geschäftsinhaber halten müssen. Denn, da allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge die Lage der Berechtigten ohne deren Einwilligung nicht verändert werden kann[14]), so darf denselben offenbar nicht ohne ihre Zustimmung ein anderer Schuldner untergeschoben werden.

Ob dieselben aber in die Schuldübernahme eingewilligt haben oder nicht, ergibt sich aus den faktischen Umständen, wobei jedoch als Regel festgehalten werden muß, daß eine solche Entlassung des bisherigen Schuldners nicht allzuleicht anzunehmen ist[15]). Es entscheiden hier die civilrechtlichen Grundsätze über Novation, jedoch unter Berücksichtigung der Handelsverhältnisse.

Als zwei Fälle von besonderer praktischer Bedeutung mögen folgende hervorgehoben werden:

a) Das Stillschweigen der Geschäftsfreunde auf die erfolgte Notifikation des Firmenüberganges, oder auf die Erklärung, es möge sich wegen der Rückstände an den neuen Erwerber gehalten werden, der bisherige Besitzer lehne jede Haftung ab, oder endlich auf die Aufforderung, sich binnen einer gewissen Zeit zu äußern, widrigenfalls angenommen würde, der seitherige Geschäftsinhaber sei entlastet, präjudizirt den Rechten der Gläubiger nicht. Dieß hat die Praxis hinsichtlich des ersten Punktes stets angenommen (siehe das Gutachten der Frankfurter Handelskammer in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IV S. 139), die weiteren Sätze ergeben sich aus

---

13) Vgl. Busch, über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (Heidelberg 1860) S. 46, dann dessen Archiv Bd. I S. 29 und die vielen dort citirten Präjudize; dieser Ansicht ist auch Endemann S. 87 Note 38. Das Lübecker Oberappellgericht hat hiefür früher öffentliche Bekanntmachung gefordert; allein in dem bei Goldschmidt Bd. VI S. 588 abgedruckten Falle war die Firma nicht übergegangen.

14) Vgl. die bekannte Koderstelle: debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest; c. 25 C. (2,3).

15) Dieß ist eigentlich der bestrittene Punkt der Lehre und seit Delbrück's bekanntem Werke über die Uebernahme fremder Schulden (1853) vielfach Gegenstand der wissenschaftlichen Erörterungen gewesen.

dem allgemeinen Prinzipe des Handelsgesetzbuches, daß Schweigen als Verneinung gelte.

b) Die nach erfolgter Anzeige des Geschäftsüberganges fortgesetzte Geschäftsverbindung, Mahnungen an den neuen Erwerber, die Rückstände zu tilgen, selbst Annahme von Theilzahlungen sind ebenfalls nicht für konkludente Handlungen zu achten, aus welchen eine Entlassung des früheren Firmaträgers gefolgert werden müßte. (Vgl. das a. Gutachten hinsichtlich der beiden ersten Alternativen).

c) Dagegen liegt eine Novation darin, wenn der Geschäftsfreund einen Kontokorrent für den neuen Inhaber aufmacht, in diesem aber denselben (ohne Vorbehalt des Rückgriffes) mit den früheren Rückständen belastet.

3) Ueber die Rechtsverhältnisse, welche aus Uebernahme eines kaufmännischen Geschäftes ohne Uebergang der Firma entstehen, hat sich das Handelsgesetzbuch nicht ausgesprochen. Es wurden verschiedene Versuche gemacht [16], desfallsige Bestimmungen zu erzielen, allein vergeblich [17]). Deshalb hängt die Haftbarkeit in jenen Fällen, für welche das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen enthält [18]), davon ab, ob in der That die Absicht der Parteien auf die Uebernahme einer solchen gerichtet war, und ob dieses der Fall, werden eben deren Erklärungen oder die sonstigen vorliegenden, die Absicht der Handelnden darlegenden Umstände ergeben [19]).

---

[16]) S. Prot. S. 39, 279, 1439.

[17]) Prot. S. 42 wurde proponirt, die Haftung auch dann allgemein auszusprechen, wenn der Uebernehmer der bisherigen Firma einen Zusatz beifügt.

[18]) Dieß ist außer dem Falle des Firma-Ueberganges (Art. 25) auch der Fall, wenn Jemand in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt (Art. 113).

[19]) Eine solche Ermittlung aus den Umständen siehe in der Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen Bd. II S. 248. Verschiedene Thatsachen sind in ihrer Bedeutung erörtert in den Prot. S. 1431 ff.

Art. 24.

Wenn in ein bestehendes Handelsgeschäft Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn ein Gesellschafter zu einer Handelsgesellschaft neu hinzutritt oder aus einer solchen austritt, so kann, ungeachtet dieser Veränderung, die ursprüngliche Firma fortgeführt werden.

Jedoch ist beim Austreten eines Gesellschafters dessen ausdrückliche Einwilligung in die Fortführung der Firma erforderlich, wenn sein Name in der Firma enthalten ist.

Pr. E. I. E. Art. 26. II. E. Art. 23. Prot. S. 39 ff., 921 ff.

1) Der Fall, daß ein Handelsgeschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma auf einen Anderen übergeht, welcher bisher noch nicht Inhaber der Firma gewesen ist, so daß die Firma-Inhaberschaft vollständig wechselt, ist in Art. 22 behandelt [1]). Artikel 24 behandelt dagegen den theilweisen Wechsel in der Inhaberschaft, die theilweise Aenderung in dem Personalbestande der Firmeninhaber.

Es sind dieß zwei Hauptfälle: nämlich

a) daß einer Gesellschaft neue Mitglieder beitreten oder bisherige Mitglieder ausscheiden; ferner

b) daß ein von einem Einzelkaufmanne betriebenes Geschäft in den Besitz einer Gesellschaft übergeht [2]) oder ein von einer Gesellschaft betriebenes Geschäft Eigenthum eines Einzelkaufmannes wird, wenn hiebei der Einzelkaufmann Gesellschafter wird oder Gesellschafter war.

Es wird hierbei selbstverständlich vorausgesetzt, daß die bisherige Firma beibehalten und daß das bisherige Geschäft fortgesetzt werden soll.

Beispiele:

A u. B betreiben unter der Firma „A & B“ eine Hopfenhandlung; in dieses Geschäft tritt C ein; oder A, B u. C betreiben unter der Firma

---

[1]) Hierunter fällt es, wenn ein Einzelkaufmann sein Geschäft an eine Gesellschaft veräußert oder eine Gesellschaft das Geschäft einer anderen Gesellschaft übernimmt.

[2]) Daß dieser Fall hieher gehöre, ist ausdrücklich konstatirt Prot. S. 921.

A, B & C eine Hopfenhandlung und fortan wollen A u. B dieses Geschäft allein fortführen.

Ferner, A betreibt unter seiner Firma ein Spezereigeschäft, in welches er nun seinen bisherigen Prokuristen B als Associé aufnimmt; oder die von A u. B betriebene Tabakfabrik wird fortan von A allein betrieben.

Für den Fall, daß zwar das bisherige Geschäft fortbetrieben, die Firma aber geändert wird, bedarf es keiner besonderen Vorschriften. Wenn in obigen Beispielen der bisherige Alleininhaber des Spezereigeschäftes „A. B. Mayer" sich mit seinem Prokuristen Benno Fischer associirt und sie wollen fortan das Geschäft unter der Firma „Mayer & Fischer" fortsetzen, so ist kein Anlaß zur Anwendung des Art. 24 gegeben. Ebenso umgekehrt, wenn die Tabakfabrik „Gebrüder Fischer" auf den einen Inhaber Carl Fischer übergeht und von diesem unter seinem Namen fortan betrieben wird, findet Art. 24 keinen Raum.

Ebenso aber — und dieß ist von wesentlicher Bedeutung — kann der vorstehende Artikel dann nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn das bisherige Geschäft aufgelöst und mit der veränderten Inhaberschaft neu begonnen wird, wobei es ohne Einfluß ist, daß dieselbe Art des Handels fortgesetzt werden soll. Denn wenn z. B. die Tabakhandlung „Mayer & Fischer" liquidirt hat und Mayer allein in demselben Laden, mit demselben Personale u. s. w. eine Tabakhandlung beginnt, und er wollte auf Art. 24 gestützt mit Erlaubniß des Fischer die Firma „Mayer & Fischer" fortführen, so läge darin offenbar eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung des Art. 23, welcher die Ablösung der Firma von dem Geschäfte verbietet. Es besteht daher kein Zweifel, daß der Art. 24 nur von solchen Fällen handelt, in welchen neben der Firma das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiva und Passiva, ohne völlige Liquidation desselben übergehen [3]), während anderenfalls nur von Begründung eines neuen Geschäftes gesprochen werden kann, bei welcher die Frage über die Zulässigkeit einer Firma nach den über die Errichtung neuer Firmen bestehenden Rechtssätzen zu beurtheilen ist [4]).

Daher kann unter dem Worte „austreten" nicht eine Aufkündigung und Auflösung der Gesellschaft, sondern nur der Fall des Art. 127, sowie der Fall des Art. 128 verstanden werden. In diesem letzteren Falle, wenn ein Gesellschafter ausgeschlossen wird, könnte man geneigt sein, ihm das

---

[3]) Vgl. die Erörterungen zu Art. 23.

[4]) Dieß wurde ausdrücklich konstatirt in den Prot. S. 39.

Recht der Einsprache gegen die Fortführung seines Namens in der Firma zu versagen; allein da das Gesetz keinen Unterschied macht, so ist auch bei der Anwendung des Gesetzes kein solcher zu versuchen.

2) Die Firma des Einzelkaufmannes kann (abweichend von der Bestimmung des Art. 17) auch dann fortgeführt werden, wenn in das Geschäft desselben ein Gesellschafter eintritt[5]). Es ist einerlei, ob nur einer oder mehrere Gesellschafter beitreten, ob eine offene oder eine Kommanditgesellschaft begründet wird[6]). In letzterem Falle ist jedoch zu beachten, ob der bisherige Geschäftsinhaber persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist wird; tritt ersteres ein, so ist die Abweichung von Art. 17 Abs. 2 darin gelegen, daß der das Gesellschaftsverhältniß andeutende Zusatz wegbleibt; anderenfalls wird der bisherige Inhaber der Firma zwar seinem Mitgesellschafter gegenüber Kommanditist, dem Dritten gegenüber aber haftet er nach Art. 168 wie ein offener Gesellschafter.

Beispiele.

Der Spezereihändler Andreas Mayer associirt sich mit Benno Fischer oder mit Benno Fischer und Karl Huber und es wird das Geschäft unter der Firma „Andreas Mayer" fortbetrieben, anstatt „Mayer & Komp." oder dergleichen zu heißen. Oder: In das Bankgeschäft des David Müller tritt Emil Schulze als Kommanditist ein; anstatt „Müller & Komp." bleibt aber die Firma „David Müller". Oder: Fritz Schmidt und Georg Ami treten mit Heinrich Mayer in eine Kommanditgesellschaft zusammen, um des Mayer Ultramarinfabrik zu betreiben, wobei jedoch Mayer nunmehr Kommanditist sein soll. Hier kann nur dann die bisherige Firma fortgeführt werden, wenn Mayer den Gesellschaftsgläubigern gegenüber gleichwohl solidarisch haften will.

3) Wenn eine Gesellschaft nicht sämmtliche Namen der Gesellschafter in der Firma führt, so ist ohnehin kein Hinderniß vorhanden, beim Hinzutritte eines neuen Gesellschafters die Firma unverändert zu belassen. Die Firma „Mayer & Cpie." ist richtig, ob neben Mayer noch Fischer und Huber oder außer diesen noch Müller in der Gesellschaft ist. Wenn demnach Müller zu einer solchen Gesellschaft neu hinzutritt, so bedarf es des Artikels 24 nicht;

---

[5]) Daß die Firma beim Hinzutreten eines stillen Gesellschafters oder beim Austreten eines solchen unverändert fortgeführt werden darf, versteht sich von selbst, nachdem zufolge Art. 257 das Bestehen einer stillen Gesellschaft auf die Firma ohnehin ohne Einfluß bleibt.

[6]) Bei Aktiengesellschaften findet natürlich der Artikel keine Anwendung.

ebensowenig, wenn er aus einer solchen Gesellschaft austritt. Dagegen ist ein Fall des Art. 24 gegeben, wenn zu einer aus Mayer und Fischer bestehenden und Mayer & Fischer firmirenden Gesellschaft Müller als neuer Associé beitritt und doch auch fortan nur „Mayer & Fischer" firmirt werden soll. Ebenso, wenn aus der Gesellschaft Mayer, Fischer u. Huber der Associé Huber austritt und die bisherige Firma beibehalten werden soll, oder aus der zwischen Mayer, Fischer u. Huber bestehenden Gesellschaft, welche Mayer & Cpie. firmirt, Mayer austritt und nach wie vor Mayer & Cpie. firmirt werden soll.

Desgleichen, wenn einer offenen Gesellschaft ein Kommanditist oder einer Kommanditgesellschaft ein weiterer persönlich haftender Gesellschafter oder ein weiterer Kommanditist beitritt, oder wenn aus einer Kommanditgesellschaft einer der mehreren persönlich haftenden Gesellschafter oder einer der mehreren Kommanditisten austritt. Auch der Fall ist nach Art. 24 zu beurtheilen, wenn aus einer Kommanditgesellschaft alle Kommanditisten wegfallen, z. B. wenn in der aus Mayer und Müller als persönlich haftenden Gesellschaftern, dann aus Huber und Fischer als Kommanditisten bestehenden und „Mayer, Müller & Cpie." firmirenden Kommanditgesellschaft Huber und Fischer austreten und doch der Beisatz „& Cpie." bleiben soll. Denn es ist zwar dann aus der Kommanditgesellschaft eine offene Gesellschaft geworden, allein das Gesetz hat diesen Fall nicht ausgenommen und dem Wortlaute nach fällt er jedenfalls unter die Bestimmung des Artikels 24. Ebenso findet der Artikel Anwendung, wenn alle persönlichen Gesellschafter wegfallen und einer der bisherigen Kommanditisten oder ein Dritter als persönlich haftender Gesellschafter eintritt [7]). Dagegen ist der Artikel nicht anwendbar, wenn ein persönlich haftender Gesellschafter, dessen Name in der Firma genannt ist, Kommanditist wird. Wenn bei der aus Mayer und Müller als persönlich haftenden Gesellschaftern und aus Fischer als Kommanditistem bestehenden Kommanditgesellschaft, welche firmirt „Mayer & Cpie.", Müller als persönlich haftender Gesellschafter austreten, aber als Kommanditist sich betheiligen und zugleich die Firma fortgeführt werden soll, so hat dieß keinen Anstand. Ebenso, wenn Andreas Mayer, dann Benno und Karl Müller persönlich haftende Gesellschafter sind, die Firma Mayer, Müller & Cpie. heißt und Karl Müller zum Kommanditisten wird. Dagegen kann, wenn

[7]) Würde gar kein persönlicher Gesellschafter mehr vorhanden sein, so wäre natürlich überhaupt eine Kommanditgesellschaft undenkbar.

Mayer seine persönliche Haftung aufgeben und sich nur noch als Kommanditist betheiligen will, wie schon oben bemerkt, die bisherige Firma im Hinblicke auf Art. 168 nicht beibehalten werden. Daß endlich, im Falle Andreas Mayer persönlich haftender Gesellschafter und Balthasar Mayer Kommanditist ist, die Firma aber nur Mayer & Cpie. lautet, und fortan Balthasar Mayer die persönliche Haftung übernimmt, Andreas Mayer aber nur als Kommanditist sich betheiligt, die Firma bleiben kann, ist klar, aber enthält keine Anwendung des Art. 24, sondern fällt unter Art. 17 Abs. 2.

4) Der Artikel spricht ganz allgemein von dem Austritte eines Gesellschafters, und wenn auch darüber kein Zweifel sein kann, daß auch der Fall mitinbegriffen sein soll, wo mehrere Gesellschafter austreten, so fragt es sich doch, ob auch dann die Fortführung der bisherigen Gesellschaftsfirma (mit Zustimmung der in der Firma Genannten [8]) zugegeben werden könne, wenn alle Mitgesellschafter bis auf einen austreten, das heißt wenn das bisherige Gesellschaftsgeschäft auf einen der bisherigen Gesellschafter als Einzelgeschäft übergeht [9]).

Allein wenn es auch nach dem Wortlaute des Gesetzes als zweifelhaft erachtet werden könnte, ob der erwähnte Fall als inbegriffen zu erachten sei, so kann dieses doch im Hinblicke auf die Entstehungsgeschichte des Artikels keinem Bedenken unterworfen sein [10]). Denn die Protokolle ergeben, daß mit Rücksicht auf das Interesse, welches der Handelsstand an der Erhaltung der alten Firmen hat, bei der ersten Lesung (salva redactione) ein Artikel des Inhaltes angenommen wurde:

> Wenn ein bestehendes Handelsgeschäft sich in Folge Ein- oder Austrittes eines Gesellschafters ändert, so kann die ursprüngliche Firma trotz der erfolgten Aenderung fortgeführt werden [11]).

Der auf diese Beschlüsse hin von der Redaktionskommission entworfene Artikel 26 des I. E. erhielt in der zweiten Lesung nur eine redaktionelle Aenderung, ohne daß man materiell daran Etwas umgestalten wollte, und

---

[8]) Daß solches mit der Zustimmung **aller** Austretenden jedenfalls geschehen könne, ist aus Art. 22 ersichtlich, denn schlimmer als ein dritter Erwerber kann der das Geschäft übernehmende Mitgesellschafter nicht gestellt sein.

[9]) Wenn sämmtliche Gesellschafter das Geschäft an einen Dritten veräußern, so findet Art. 22 Anwendung.

[10]) Ebenso Hahn Kommentar S. 76 u. ein Erk. des Handelsapp.-Ger. zu Nürnb. (Sammlung handelsr. Entschd. Bd. I S. 177.)

[11]) Prot. S. 41.

da somit die jetzige Fassung materiell nichts Anderes sagen soll, als was der oben zitirte Beschluß sagte, in diesem aber jede Aenderung des Gesellschaftsbestandes begriffen war, so muß auch der obige Fall des Uebrigbleibens nur eines der Mitgesellschafter unter den Artikel subsumirt werden.

Die Motive, welchen Art. 22 u. 26 ihren Ursprung verdanken, passen ohnehin ebenso auf diesen Fall, wie auf alle übrigen, und nachdem dann, wenn ein Einzelgeschäft durch Hinzutritt von Anderen zum Gesellschaftsgeschäfte wird, die Einzelfirma beibehalten werden kann, muß wohl auch der umgekehrte Fall in gleicher Weise behandelt werden.

5) Ursprüngliche Firma.

Es bezieht sich dieser Ausdruck auf die Bestimmung des Art. 22; wie dort schon erörtert wurde, darf eine Aenderung der Firma nicht eintreten.

Hier ist die Nothwendigkeit eines solchen Verbotes noch augenfälliger; es würde sonst z. B., wenn das Gesellschaftsgeschäft „Mayer, Fischer & Cpie." auf Fischer allein überginge, dieser „Fischer & Cpie." firmiren können, so daß die Erlaubniß der austretenden Gesellschafter nicht eine sie allerdings interessirende Fortführung ihres eigenen Namens wäre, sondern geradezu nur die Dispensation von der Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 enthielte.

Dagegen wird auch hier der Zusatz eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes nicht als ausgeschlossen erachtet werden können.

6) Es ist in der Natur der Sache begründet, daß die Beibehaltung der bisherigen Firma nur mit Einwilligung der Inhaber geschehen kann. In den Fällen des Hinzutrittes eines weiteren Inhabers ergibt sich diese Einwiligung schon aus der Gestattung des Hinzutrittes ohne Anmeldung einer Aenderung der Firma. Wenn daher Benno Fischer in das bisherige Geschäft „Gebrüder Mayer" eintritt, sich als eingetretener Gesellschafter anmeldet und weiter Nichts erklärt wird, so wird die Firma „Gebrüder Mayer" mit Recht fortgeführt; eine ausdrückliche Zustimmungserklärung des Fischer ist ebenso wenig nothwendig, als eine Erklärung der bisherigen Inhaber, daß ihre Firma unverändert bleiben soll.

Anders beim Austritte eines der bisherigen Inhaber; hier bedarf es einer ausdrücklichen Erklärung, da die Anmeldung des Austrittes ohne Antrag auf Firmenänderung noch nicht als eine konkludente Handlung angesehen werden kann.

Wenn also aus der Gesellschaft: „Mayer, Müller & Cpie." der Kompagnon Müller austritt, so können sich die übrigen Gesellschafter zum Nach-

weise ihrer Berechtigung, die bisherige Firma fortzuführen, nicht darauf berufen, daß Müller bei Anmeldung seines Austrittes eine Aenderung der Firma nicht begehrt habe, sondern sie müssen eine ausdrücklich erklärte Einwilligung zur Fortführung seines Namens in der Firma beibringen. Selbstverständlich kann aber ein Widerspruchsrecht dann nicht bestehen, wenn der Name des Austretenden in der Firma nicht erwähnt ist; denn in diesem Falle hat derselbe kein rechtliches Interesse an der Aenderung [12]). Wenn Mayer, Müller und Fischer die Gesellschaft „Mayer & Cpie." gebildet haben, und Müller nun auch austritt, so ist die Firma doch nach Art. 17 Abs. 1 noch immer korrekt.

Es frägt sich nun, wie es sich verhält, wenn die Firma nicht blos aus Namen von Gesellschaftern besteht, was dann, wenn die Gesellschaft ein schon länger bestehendes Geschäft sammt Firma übernommen hat, vorkommen kann. Daß der austretende Gesellschafter die Fortführung der Firma nicht verbieten kann, wenn sein Name nicht mit in derselben enthalten ist, kann nicht bestritten werden. Wenn also Mayer, Müller und Huber firmiren „Angelo Duro & Cpie." oder „Moro Vater, Mayer u. Huber", so kann der aus der Gesellschaft tretende Müller die Fortführung der bisherigen Firma nicht hindern. Dagegen ist bestritten, ob, wenn neben dem Namen des austretenden Gesellschafters ein solcher fremder Name steht, das Verbot des Austretenden nur die Weglassung seines Namens in der Firma, oder die Beseitigung der ganzen Firma bewirkt. Gesetzt den Fall: Anton und Josef Mayer, die Inhaber des alten Bankhauses „Salico's Söhne", associiren sich mit ihrem Schwager Bernini und firmiren fortan: „Salico Söhne & Bernini"; es entstehen Differenzen und Bernini tritt aus; daß ihm hier die Befugniß zusteht, die Weglassung seines Namens aus der Firma zu begehren, ist klar; daß ihm aber auch das Recht zustehen sollte, die Fortführung der Firma „Salico Söhne" zu verbieten und er die Mitgesellschafter zwingen kann, mit dem Namen „Mayer" zu firmiren, ist nicht anzunehmen [13]).

---

[12]) Vgl. Prot. S. 41.

[13]) v. Hahn stützt (S. 76 §. 3) die entgegengesetzte Ansicht auf Prot. S. 922. Es kann aus dieser Stelle aber eine solche tiefgreifende Ausnahmebestimmung nicht als deutlich ausgesprochener Wille des Gesetzgebers konstatirt werden.

Art. 25.

Wenn die Firma geändert wird oder erlischt, oder wenn die Inhaber der Firma sich ändern, so ist dies nach den Bestimmungen des Art. 19 bei dem Handelsgerichte anzumelden.

Ist die Aenderung oder das Erlöschen nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht, so kann derjenige, bei welchem jene Thatsachen eingetreten sind, dieselben einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als er beweist, daß sie dem letzteren bekannt waren.

Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter die Aenderung oder das Erlöschen gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, daß er diese Thatsachen weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Pr. E. I. E. Art. 27. II. E. Art. 24. Prot. S. 922, 925 ff.

1) Wenn das Handelsregister, wie es die Absicht des Gesetzes ist, den Stand der firmenberechtigten Kaufleute allgemein darlegen und Jedermann ermöglichen soll, sich über die einzelnen Handeltreibenden Kenntniß zu verschaffen, so muß nicht nur, wie Art. 19 vorschreibt, jeder neu sich etablirende Kaufmann seine Firma eintragen lassen, sondern es müssen auch alle Veränderungen der Einträge sorgfältig vorgemerkt werden.

Als Veränderung an dem Firma-Eintrag erscheint vor Allem die Aenderung der Firma selbst, z. B. Andreas Mayer will fortan „A. Mayer" firmiren oder es soll der bisherigen Firma ein Zusatz beigefügt werden, z. B. die bisher unter der Firma A. Mayer ihr Geschäft betreibende Wittwe des Andreas Mayer will firmiren „A. Mayer sel. Wittwe" [1]). Hier ist natürlich die Bestimmung in Anwendung zu bringen, daß identische Firmen nicht zulässig sind und kann daher der Eintrag nicht stattfinden, wenn die beabsichtigte Firma schon von einem anderen geführt wird.

---

[1]) Der Fall, daß A. Mayer von Nürnberg nach Bamberg übersiedelt und sich daher die Firma von „A. Mayer in Nürnberg" in „A. Mayer in Bamberg" ändert, ist schon bei Art. 21 Abs. 2 erwähnt.

Der zweite Fall ist die Aenderung der Firmeninhaberschaft; z. B. Andreas Mayer verkauft sein Geschäft mit Firma an Bartholomäus Fischer; Caroline Huber verehelicht sich mit David Müller und bringt ihm das bisher unter ihrem Namen betriebene und unter demselben fortzubetreibende Geschäft zu; oder in die Gesellschaft A & Comp. tritt zu dem B auch noch C als Kompagnon ein.

Zuweilen werden die beiden Aenderungen zusammentreffen; z. B. Andreas Mayer associirt sich mit Bartholomäus Fischer und fügt seiner Firma den Beisatz zu: „& Co.“

Der dritte Fall ist das einfache Erlöschen der Firma, und zwar einerlei, ob der bisherige Inhaber sein Geschäft lediglich aufgibt oder ob er dasselbe einem Anderen überträgt, ohne demselben die Fortführung der bisherigen Firma zu gestatten.

2) Alle bisher berührten Thatsachen müssen dem Handelsgerichte in der in Art. 19 vorgeschriebenen Weise angemeldet werden. Allein außerdem sind bei Aenderung der Inhaberschaft der Firma noch die Art. 22 u. 24 zu beachten, was sich, obwohl im Art. 25 nicht erwähnt, doch von selbst versteht.

Wenn A. Mayer Inhaber des bisherigen Bankgeschäftes „Gebrüder Fischer“ wird, genügt es nicht, daß er solches anmeldet und seine Unterschrift persönlich abgibt, sondern er muß den Uebergang des Geschäftes auf ihn darthun und die persönliche oder beglaubigte Erklärung der Gebrüder Fischer wegen Fortführung der bisherigen Firma beibringen.

In allen diesen Beziehungen sind die Formvorschriften, wie sie bei Art. 19 näher erörtert sind, zu beobachten.

3) Ueber die Folgen der Unterlassung einer solchen Eintragung ist in der Einleitung zum II. Titel gesprochen worden; ebenso ist daselbst näher dargelegt, wie sich die Beweislast in den Fällen regelt, in welchen behauptet wird, daß ungeachtet des Nichteintrages die Aenderung oder Erlöschung der Firma dem Dritten bekannt war, und andererseits dann, wenn der Dritte vorschützt, den Eintrag nicht gekannt zu haben.

Art. 26.

Das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 und 25 von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

In gleicher Weise hat es gegen diejenigen einzuschreiten, welche sich einer nach den Vorschriften dieses Titels ihnen nicht zustehenden Firma bedienen.

Pr. E. Art. 28 Abs. 1. I. E. Art. 21 Abs. 2. II. E. Art. 25. Prot. S. 32 ff., 42 ff., 916 ff.

1) Nach Art. 19 des bayer. Einf.-Ges. besteht die anzuwendende Ordnungsstrafe in einer Geldbuße bis zu 300 fl. Ueber das Verfahren siehe die Art. 10 ff. des bayer. Einf.-Ges. In Preußen besteht die Ordnungsstrafe in einer Geldbuße von 5 bis 200 Thalern, eine Umwandlung in Gefängnißstrafe findet nicht statt; über das Verfahren siehe preuß. Einführungsgesetz Artikel 5—7.

Die im Abs. 2 erwähnten Zuwiderhandlungen sind: wenn sich ein Einzelkaufmann einer anderen Firma bedient, als seines bürgerlichen Namens (Art. 16 Abs. 1) oder diesem Namen nicht einen ihn von anderen gleichen Firmen unterscheidenden Zusatz beifügt (Art. 20 Abs. 2); wenn ein Einzelkaufmann, insbesondere ein nur mit einem stillen Gesellschafter verbündeter Kaufmann (Art. 251 Abs. 2) seinem Namen einen, ein Gesellschaftsverhältniß andeutenden oder sonst unzulässigen, Zusatz beifügt (Art. 16 Abs. 2); wenn eine offene Gesellschaft in ihrer Firma das Gesellschaftsverhältniß nicht andeutet, oder wenn sich eine offene oder Kommandit-Gesellschaft als Aktiengesellschaft bezeichnet, oder in der Gesellschaftsfirma andere Namen als die der Gesellschafter erscheinen [1]) (Art. 17, 29 Abs. 2); wenn der Nachfolger der Firma zu deren Fortführung nicht die

[1]) In Art. 17 Abs. 3 ist verboten, daß die Namen nicht persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaftsfirma aufgenommen werden; wenn dieß hinsichtlich eines Kommanditisten oder stillen Gesellschafters geschieht, so tritt nicht blos gegen den Einen eine Bestrafung nach Art. 26 ein, sondern der Kommanditist und stille Gesellschafter haften auch nach Art. 168 u. 257 als persönliche Gesellschafter.

vorgeschriebene Erlaubniß besitzt (Art. 22), oder wenn Jemand eine Firma fortführt, ohne das Geschäft miterworben zu haben (Art. 23)[2]. Es versteht sich von selbst, daß es nicht darauf ankommt, ob derjenige, der auf Bestrafung anträgt, oder ob die Firma, wegen deren ungerechtfertigten Gebrauches eingeschritten wird, selbst im Register eingetragen ist oder nicht; vielmehr wird nur entsprechenden Falles auch derjenige gestraft werden müssen, dessen Namen mißbraucht wurde. Z. B. der Kaufmann Anton Mayer bedient sich der Firma Aaron Schultes. Ist dieser kein Kaufmann, so ist ohnehin die Sache klar; betreibt aber Aaron Schultes selbst Handelsgeschäfte gewerbemäßig unter seinem Namen, hat jedoch die Eintragung unterlassen, so werden beide bestraft. Selbst wenn Aaron Schultes unter der Firma Anton Mayer sein Handelsgewerbe ausüben würde, könnte nicht etwa Kompensation eintreten, sondern das Gericht müßte die Rektifikation unter Bestrafung vornehmen.

2) Das Gesetzbuch ordnet ein Doppeltes an, ein Gebieten, wenn dasjenige nicht geschehen ist, was das Gesetz fordert und ein Verbieten, wenn dasjenige geschehen ist, was das Gesetz nicht zuläßt. Das Erste findet statt in den Fällen des Abs. 1 des obigen Artikels, das zweite im Falle des Abs. 2.

Daraus folgt, daß, wie das Handelsgericht demjenigen, welcher eine ihm nicht zustehende Firma führt, nicht gebieten kann, sich die Befugniß zur Führung dieser Firma zu erwerben, so auch demjenigen, welcher eine an sich ihm zustehende Firma führt, der aber den Vorschriften über Eintragung derselben nicht nachgekommen ist, der Gebrauch derselben nicht verboten werden kann; daß es vielmehr lediglich die Pflicht des Gerichtes ist, die Beobachtung der Formvorschriften des Handelsgesetzbuches zu erzielen, und deshalb heißt es: das Handelsgericht hat die Betheiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 u. 25 anzuhalten.

So wird beispielshalber gewiß kein Gericht, wenn es Anzeige erhält, A habe den B als Prokuristen bestellt, demselben aufgeben, entweder die Prokura zurückzunehmen oder die Eintragung zu bewirken, sondern nur das Letztere anordnen[3]).

---

2) Dagegen findet der Artikel keine Anwendung, wenn in der Firma einer staatlich konzessionirten Aktiengesellschaft die Namen von Gesellschaftern oder anderen Personen enthalten sind.

3) In Bayern lautet Art. 10 des Einf.-Ges. ohnehin ausdrücklich dahin, ebenso in Preußen, Einf.-Ges. Art. 5.

Bei Nichtanmeldung der Firma dagegen verfügen manche Gerichte in dieser alternativen Weise. Allein wenn Andreas Mayer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, muß er sich mit einer Firma eintragen lassen; er könnte mit dem Einwande nicht gehört werden (der ohnehin praktisch nur eine leere Ausrede bleiben würde), daß er fortan den Geschäftsbetrieb unterlassen werde. Das Gericht muß ihn zum Eintrage anhalten; selbstverständlich kann er sein Geschäft alsdann aufgeben und sofort als aufgegeben abmelden. Hierin kann keine polizeiliche Einmischung gefunden werden, der kaufmännischen Welt nützt das Handelsregister nur dann, wenn es exakt ist.

Art. 27.

Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen.

Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen.

Das Handelsgericht kann die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten verordnen.

Pr. E. Art. 28. I. E. Art. 28. II. E. Art. 26. Prot. S. 42, 923.

1) Aus den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen ergibt sich, daß derjenige, welcher in seinen Rechten durch unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt wird, Schadensersatz beanspruchen kann. Es ist hierbei einerlei, ob der Gebrauch als ein blos thatsächlicher, oder ob er als ein rechtlich angemaßter erscheint; der Artikel 27 findet daher Anwendung, gleichviel ob Jemand eine unberechtigte im Handelsregister eingetragene Firma führt, oder ob die Eintragung nicht stattgefunden hat und die Firma faktisch benützt wird. Dagegen fällt es nicht unter diesen Artikel, wenn Jemand Waaren mit der Firma eines Anderen bezeichnet; diese Handlung wird zwar durch das Verbot der Polizei- und Strafgesetze getroffen [1]), und begründet unter Umständen gleichfalls einen Anspruch auf

---

[1]) Vgl. hierüber die Einleitung zu diesem Titel S. 141 u. insbesondere das umfassende Werk v. G. Krug, über den Schutz der Fabrik- und Waarenzeichen. Darmstadt u. Leipzig 1866.

Schadensersatz. Allein unter dem Gebrauche der Firma versteht der Art. 27 mit Rücksicht auf Art. 15 nur die Fälle juristischen Gebrauches, das heißt jene Fälle, in welchen unter Anwendung der Firma ein Handelsgeschäft geschlossen oder eine Unterschrift abgegeben worden ist [2]).

Nun hat man allerdings geltend zu machen versucht [3]), die Bezeichnung einer Waare mit dem Namen der Firma, wenn sie öffentlich als Waarenetiquette benützt werde, um damit Waaren, welche nicht von der die Firma führenden Fabrik herrühren, als von derselben fabrizirt in den Handel zu bringen, sei eben nur der Verkauf unter falscher Firma. Allein wenn der Fabrikant, welcher Waaren unter dieser falschen Etiquette in den Handel bringt, sich der Firma nicht auch beim Abschlusse der Geschäfte selbst bedient (in welchem Falle natürlich Art. 27 volle Anwendung findet), so mißbraucht er nicht die Firma, das heißt den Namen, unter welchem der betreffende Kaufmann Handel treibt, denn er versendet die Waaren nicht unter fremdem, sondern unter seinem Namen; der Empfänger weiß, daß die einen unwahren Namen tragende Waare nicht von der genannten Firma, sondern von einem Anderen herrührt; es wird dadurch die bezeichnete Firma weder berechtigt noch verpflichtet, sondern wie die Bezeichnung der Waare nur den Zweck hat, deren Herkunft von der genannten Fabrik zu bekunden, so liegt in dem Nachahmen der Bezeichnung nicht ein Mißbrauch der Firma, sondern zunächst eine Täuschung der Konsumenten über den Ursprung der Waare [4]). Hierdurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Klage auf Entschädigung wegen eines widerrechtlichen Gebrauches der Firma, der nicht in eigentlichen Rechtsgeschäften, sondern im Mißbrauch der Verwendung einer nicht zugehörigen Firma zur Waarenbezeichnung besteht, als Handelssache anzusehen ist [5]), daß sonach die Handelsgerichte zur Entscheidung zuständig sind und daß die Höhe des Schadens-

---

[2]) Vgl. Prot. S. 924.

[3]) Diese Ansicht vertritt auch ein Erk. des HG. zu Elberfeld und des Appellhofes zu Cöln in Busch Archiv Bd. VI S. 18.

[4]) Ebenso ein Erk. des bayerischen Handelsappellgerichtes, siehe Sammlung Bd. II S. 238 ff. Uebrigens ist das HGB. auf diese Materie doch nicht ohne praktischen Einfluß geblieben, wie in dem Aufsatze Fischer's (Centralorgan Neue Folge Bd. I S. 220) nachgewiesen ist.

[5]) In Bayern zufolge des Einf.-Ges. Art. 63 Ziff. 2. Der strafgerichtlichen Verfolgung wird durch einen solchen Entschädigungsprozeß ohnehin nicht präjudizirt.

ersatzes auch hier nach Maßgabe des Art. 27 Abs. 2 entschieden werden muß [6]).

2) Der Gebrauch der Firma muß ein unbefugter sein. Wenn Jemand das Recht hat, eine bestimmte Firma zu führen, so kann der Umstand, daß der Gebrauch dieses Rechtes einem Anderen Schaden verursacht, diesem einen rechtlichen Anspruch auf Ersatz nicht gewähren.

Wenn also z. B. Jemand unter der Firma „Karl Schwartz" in einem Dorfe bei Nürnberg ein großes Geschäft durch Nürnberger Kommissionshäuser in die Levante betreiben würde, eine zur Führung des Namens Karl Schwartz berechtigte Person würde aber in einem andern Dorfe bei Nürnberg unter derselben Firma das gleiche Geschäft etabliren und ließe seine Produkte ebenfalls von Nürnberg ausgehen, und die entfernten Abnehmer hielten beide Fabrikate für gleichen Ursprungs und der Inhaber der früheren Firma litte Schaden hierdurch, so könnte dennoch Artikel 27 keine Anwendung finden.

Als unbefugt ist nun aber jeder Gebrauch einer Firma zu erachten, welcher entweder durch das Gesetz oder durch gültige Privatbestimmung untersagt ist.

Unter die erste Alternative fällt es, wenn sich Jemand einer Firma bedient, die nicht sein eigener Name ist (Art. 16), ohne daß er sie nach Maßgabe der Art. 22 u. 23 zu führen berechtigt erscheint [7]), oder wenn Jemand eine ihm an sich zustehende Firma ohne Beobachtung der in Art. 20 gegebenen Vorschrift führt [8]).

Das Gesetz unterscheidet nicht, ob derjenige, welcher sich beschwert, ein direktes oder ein indirektes Interesse hat, die Befugniß zu bestreiten [9]). Wenn

---

[6]) Anderer Meinung ist Busch im Archiv Bd. I S. 207; allein er legt wohl bei seiner Argumentation den in den Protokollen (S. 724) enthaltenen Aeußerungen einzelner Konferenzmitglieder zu großes Gewicht bei.

[7]) Dem steht gleich, wenn eine Gesellschaft den Vorschriften der Art. 17 u. 18 zuwiderhandelt.

[8]) Wenn aber z. B. in dem folgenden Beispiele Cassian Cunzel ein Geschäft in einer anderen Gemeinde etablirt und seinen Namen als Firma annimmt, so ist diese Führung keine unbefugte. Vgl. Erläuterung zu Art. 20.

[9]) Die Frage, ob sich die Bestimmungen auch auf Firmen beziehen, welche vor dem Erscheinen des Handelsgesetzbuches geführt wurden, behandeln die Nassauischen Erk. in Busch Archiv Bd. VIII S. 257. Es ist allerdings anzunehmen, daß, wenn z. B. Benno Fischer, ohne irgend einen rechtlichen Erwerb nachweisen zu können, die Firma „Andreas Mayer" bei Anlage der

Anton Abel sich der Firma Benno Bayer bedient, so ist nicht nur der wirkliche Benno Bayer, sondern an sich jeder Dritte berechtigt, sich auf Art. 27 zu berufen. Wenn Cassian Cunzel sein Geschäft mit Firma an David Dener verkauft hat und errichtet ein neues Geschäft in derselben Gemeinde abermals unter der Firma Cassian Cunzel, so ist zwar unmittelbar und eigentlich der David Dener verletzt, aber die Führung der Firma Cassian Cunzel ist von Seite des Besitzers dieses Namens nach Art. 20 eine unbefugte, und daher kann Jeder, der ein Interesse daran nachweist, sich auf den Art. 27 dem Unberechtigten gegenüber berufen.

Die zweite Alternative umfaßt die Fälle, in welchen Jemand vertragsmäßig sich verpflichtet hat, eine bestimmte Firma zu führen oder eine bestimmte Firma nicht zu führen und jene, in denen etwa eine einseitige Willensbestimmung ein solches Verbot rechtlich in sich schließt [10]). Auch hier ist die Führung der verbotenen Firma oder die Führung einer anderen Firma als der gebotenen unbefugt [11]).

3) Es genügt aber nicht, daß Jemand eine Firma unbefugt führt, um die Anwendung des Art. 27 zu rechtfertigen; es muß eine andere Person dadurch in ihren Rechten verletzt sein.

Dieser Ausdruck ist im Hinblicke auf die beiden im Artikel festgesetzten Ansprüche auszulegen. Wer ein Verbietungsrecht gegen die unbefugte Anmaßung besitzt, der braucht nicht darzuthun, daß ihn ein pekuniärer Schade trifft, er kann auch ohne einen solchen auf Unterlassung der Fortführung der angemaßten Firma klagen. Wenn z. B. in obigen Beispielen

---

Handelsregister hat eintragen lassen, Andreas Mayer das Recht, den Gebrauch dieser Firma zu verbieten, durch diesen Eintrag an sich noch nicht verloren hat. War aber freilich die Firma eine, wenn auch nur durch Verjährung rechtlich erworbene, so kann sie nachträglich nicht mehr bestritten werden.

10) Z. B. Eduard Eber schenkt oder hinterläßt seinem Neffen Georg Götze sein Geschäft unter der Bestimmung, daß derselbe seinen eigenen Namen als Firma führen müsse. Ueber die Fälle, in denen das frühere Geschäft nur im Zusatze zur Firma erwähnt wird, vgl. die Erläuterungen zu Art. 20 u. 22.

11) Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, so geht die Klage auf Unterlassung ihrer Führung zugleich auch auf Löschung des Eintrages im Register. Vgl. Hahn S. 79. Endemann S. 93 nimmt an, daß die Untersagung der Firma nicht Gegenstand der Klage sei, allein mit dem Ausdrucke „Unterlassung der weiteren Führung der Firma" ist ohne Zweifel die Untersagung gemeint. (Vgl. auch Thöl S. 116 unten). Es handelt sich nicht blos um Schadensersatz, sondern um eine der actio negatoria ähnliche Klage, entsprechend wie bei den alten Gewerbsprivilegien.

Benno Bayer Bezirksgerichtssekretär ist, so thut ihm die Führung dieser Firma durch Anton Abel zur Zeit keinerlei Eintrag in vermögensrechtlicher Beziehung, allein er ist in seinem Rechte auf den eigenen Namen verletzt, und darin muß er geschützt werden. Dieses Recht bezieht sich insbesondere auf den Familiennamen, und daher kommt es nicht darauf an, ob Jemand unbefugt einen vollständigen fremden Namen oder nur einen ihm nicht zustehenden Familiennamen als Firma benützt [12]). Wenn Cassian Cunzel, der sein Geschäft an David Deuer verkauft hat, sich in das Privatleben zurückzieht, so kann es ihm vermögensrechtlich zur Zeit gleichgültig sein, ob der Käufer den eigenen Namen als Firma annimmt oder die alte Firma beibehält, wenn er aber letzteres beim Verkaufe nicht bewilligt hat, so ist er demohngeachtet berechtigt, sich des Art. 27 zu bedienen. Ebenso wird dieses Recht den Erben und Miterben zugestanden werden müssen, welche in die Fortführung der Firma des Erblassers durch den neuen Geschäftsinhaber nicht gewilligt haben. Aber auch wer ein solches spezielles Verbietungsrecht nicht besitzt, kann das Recht des Art. 27 dann in Anspruch nehmen, wenn ihm das unbefugte Verhalten des Anderen Schaden zufügt.

Heinrich Herbst ist an sich in seinen Rechten nicht verletzt, wenn Anton Flur sich der Firma Benno Bayer bedient; wenn Cassian Cunzel, trotzdem er sein Geschäft mit Firma an David Dener verkauft hat, doch an demselben Orte ein neues Geschäft unter der früheren Firma etablirt, so kann der dritte unbetheiligte Johann Ibel an und für sich nicht sagen, daß er in seinem Rechte gekränkt sei.

Es lassen sich aber Verhältnisse denken, in welchen dem Heinrich Herbst und dem Johann Ibel durch die unbefugte Firmenführung ein wirklicher Schade zugefügt wird, und es unterliegt keinem Zweifel, daß sie in diesem Falle Abstellung der unbefugten Anmaßung und Schadensersatz fordern können [13]).

4) Die Vorschrift des zweiten Absatzes, daß über das Vorhandensein und die Höhe des Schadens das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen zu entscheiden habe, erlitt mancherlei Anfechtungen und noch in der dritten Lesung (Monitum Nr. 44) machte Kurhessen den Versuch, die Bestimmung als

---

[12]) Wenn z. B. Adam Müller die Firma Schulze annimmt, so ist jeder Schulze, er mag Adam oder Zacharias getauft sein, in seinem Rechte verletzt.

[13]) Es versteht sich ohnehin von selbst, daß ohne Rücksicht auf verletzte Privatrechte oder erlittenen Schaden Jedermann das amtliche Einschreiten des HGerichts nach Art. 26 hervorrufen kann.

in das Prozeßrecht gehörig streichen zu lassen. Allein mit Recht ist darauf nicht eingegangen worden [14]). Hätte man hier das gewöhnliche Beweisverfahren für maßgebend erklärt, so wäre es dem Beschädigten fast in allen Fällen unmöglich geworden, zu seinem Rechte zu gelangen [15]).

Der Beweis würde nemlich dahin gehen müssen, daß Kläger so und so viel Waaren mehr verkauft und einen bestimmten Gewinn gemacht haben würde, wenn der Beklagte sich der Firma nicht unbefugt bedient hätte. Es würde wohl kaum gelingen, solches durch Zeugen oder Urkunden stringent zu erweisen [16]).

Es heißt in obiger Gesetzesstelle nach *seinem freien Ermessen*, nicht „nach billigem Ermessen" und auch nicht „nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen". Durch obigen Ausdruck soll angezeigt werden [17]), daß der Richter bei Beurtheilung der Fragen, welche Thatsachen er bewiesen haben wolle und wodurch dieselben bewiesen werden müssen, um einen Schaden überhaupt und insbesondere einen Schaden von einem gewissen Betrage als gegeben anzusehen, an keine Beweisregeln gebunden sein soll; durch Hinweglassung des Wortes „billig" soll insbesondere ausgedrückt sein, daß, falls der Richter auf Grund freier Ueberzeugung sich sagen muß, daß ein Schade, und welcher, wirklich vorhanden sei, derselbe dann auch nicht aus Billigkeitsrücksichten, wegen anderer etwa in der Person des Zuwiderhandelnden liegender mildernder Umstände, den Ersatz auf ein geringeres Maß, als effektiv dargelegt erscheint, herabsetzen kann. (Prot. S. 924.)

5) Wie weit sich das Ermessen des Richters erstrecke, ist bestritten [18]); doch löst sich die Frage, wenn man die verschiedenen Momente unterscheidet.

Vor Allem muß feststehen, daß *ein unbefugter Gebrauch* der Firma stattgefunden hat und *welches Recht* dem Kläger zukomme. Hiebei tritt das Ermessen des Richters nicht ein, es bleibt bei den gewöhnlichen Beweisregeln.

Darüber also z. B., daß Anton Abel die Firma „Benno Bayer" wirklich geführt habe, muß Beweis durch Zeugen, Urkunden u. s. w. erbracht werden; die Thatsache, daß Cassian Cunzel das Geschäft mit Firma

---

[14]) Vgl. *Anschütz* Preußische Anwalts-Zeitung v. 1864 (Nr. 3).

[15]) Vgl. Prot. S. 42.

[16]) Vgl. das Erk. in *Busch* Bd. I S. 241 u. Centralorgan v. 1862 S. 281.

[17]) Vgl. Prot. S. 924.

[18]) v. *Krä wel* im Kommentar zu diesem Artikel u. *Busch* im Archiv Bd. I S. 202 stehen sich gegenüber. Vgl. auch das Erk. in *Busch* Bd. VIII S. 281.

an David Dener verkauft habe, muß nach dem gewöhnlichen Prozeßrechte bewiesen sein.

Ist aber der unbefugte Gebrauch dargethan und steht fest, daß das Recht des Klägers begründet ist, dann wird bei Entscheidung der Frage, ob und welcher Schaden entstanden ist, das Ermessen des Richters einzutreten haben. Allein auch hierbei kann von Darlegung faktischer Momente nicht Umgang genommen werden, soferne diese nicht durch die Sachlage selbst sofort evident sind. Wenn z. B. der Champagnerfabrikant Anis sich bei seinen Geschäften der Firma „Döring" bedient, wird der Fabrikant Döring keiner thatsächlichen Substanzirung seines Schadens bedürfen. Wenn aber z. B. der Rechts-Praktikant Benno Bayer Klage gegen Anton Abel nicht blos auf Unterlassung des Gebrauches der Firma „Bayer", sondern auch auf Schadensersatz stellt, so wird der Richter allerdings die Darlegung von bestimmten Thatsachen fordern müssen, aus welchen hervorgeht, daß hiedurch dem Rechtspraktikanten wirklich ein vermögensrechtlicher Nachtheil erwachsen ist.

Im Falle der Konkurrenzgeschäfte wird ohnehin eine weitere Fundirung des Ersatzanspruches nicht vonnöthen sein.

So wäre es offenbar überflüssig, wenn der Richter noch eine thatsächliche Auseinandersetzung verlangen wollte, daß David Dener beschädigt ist, wenn Cassian Cunzel, der ihm das Geschäft mit der Firma verkauft hat, ein gleiches Geschäft mit derselben Firma wieder eröffnet.

Bei der Bemessung des Schadens wird der Umfang des beiderseitigen Geschäftsverkehres, welcher nöthigenfalls durch Einsicht der Bücher zu ermitteln ist, hauptsächlich entscheiden.

6) Im Interesse des Verletzten kann es liegen, daß das Publikum erfahre, der Verurtheilte habe sich die Firma unbefugt angemaßt. Es kann deshalb angeordnet werden, daß das ergangene Erkenntniß und zwar auf Kosten des Verurtheilten veröffentlicht werde.

Diese Veröffentlichung wird jedenfalls in jenen Blättern zu erfolgen haben, welche nach Art. 14 zur Aufnahme derartiger Kundmachungen bestimmt sind. Doch muß es nach Lage der Sache dem Gerichte freistehen, der Veröffentlichung auch noch eine weitere Verbreitung zu geben.

Vierter Titel.

Von den Handelsbüchern[1]).

Pöhls §. 154—160. Thöl §. 19ⁿ 4. und 19ᵃ. Auerbach Abschnitt X. Brinkmann im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIII S. 75 ff. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. II S. 329 ff.

§. 1.

Die schriftliche Beurkundung dessen, was in einem kaufmännischen Geschäfte sich ereignet, heißt man die Buchführung über das Geschäft. Die kaufmännische Buchführung ist die Grundlage des kaufmännischen Gewerbebetriebes, ohne dieselbe wäre kein rationelles und solides Geschäftsleben denkbar.

Deshalb galt es von jeher für eine Pflicht des Kaufmannes, ordentliche Bücher zu führen; diese Pflicht stand als eine Standespflicht unter öffentlicher Controle, und die Strafgesetzgebung bedroht noch jetzt unter Umständen die Nichteinhaltung dieser Pflicht mit Strafen[2]).

Andererseits sind der ordentlichen Buchführung auch große Vortheile eingeräumt. Während nach der üblichen Beweistheorie[3]) eine Schrift für denjenigen, welcher sie geschrieben hat, nie beweisen kann, machen ordnungsmä-

---

[1]) v. Kräwel (Busch Archiv Bd. III S. 167) bemerkt, daß „Handelsbuch" ein Buch bedeute, welches die kaufmännischen Geschäfte im Allgemeinen zum Gegenstande habe, während Bücher, die eine bestimmte einzelne kaufmännische Niederlassung betreffen, „Handlungsbücher" heißen sollten.

[2]) Code de commerce Art. 13 u. 594; Bayerisches Strafgesetzbuch Art. 328, 329; die übrigen deutschen Strafgesetzbestimmungen bei v. Hahn S. 82.

[3]) Gegen diesen Satz siehe Endemann a. a. O. S. 330 ff.

ßig geführte Handelsbücher für das Geschäft einen mehr oder minder erheblichen Beweis. Sie genießen also das Privileg einer besonderen Glaubwürdigkeit. Dieses Privilegium ist althergebrachtes Recht[4]). Schon im römischen Rechte finden sich ähnliche Bestimmungen hinsichtlich der rationes der argentarii[5]). Die Argentarier machten ähnlich den heutigen Bankiers Geldgeschäfte, standen aber unter öffentlicher Aufsicht und Kontrole[6]); sie hatten eine unbedingte Editionspflicht in Betreff ihrer Bücher, zunächst um sie gegen sich selbst, dann aber auch um sie gegen Andere als Beweismittel benutzen zu lassen; daß die Bücher auch für den Argentarius einigen Beweis lieferten, ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen, muß aber nach dem ganzen Zusammenhange der Stellen angenommen werden[7]). Es unterliegt keinem Zweifel, daß die besondere Beweiskraft dieser Bücher ihren Grund nicht blos in der öffentlichen Aufsicht hatte, unter welcher die Argentarier standen, sondern in der Geschlossenheit der ganzen Rechnungsführung.

Eine direkte Uebertragung dieser römischen Bestimmungen auf die Bücher der Kaufleute und Wechsler im Mittelalter läßt sich nicht nachweisen; eine solche direkte Uebertragung war schon deshalb unthunlich, weil das Institut der Argentarier mit dem römischen Staatswesen und mit der Staatsaufsicht zusammenhing. Wohl aber entwickelten sich im Mittelalter aus den Bedürfnissen des Handels im Wesentlichen die gleichen Grundsätze für die Beweiskraft der kaufmännischen Bücher, und die italienischen Juristen lehnten die Konstruktion dieser Beweiskraft an jene römischen Bestimmungen an. Für den Satz, daß die Handelsbücher mitunter sogar vollen Beweis auch für den Geschäftsherrn liefern, berufen sich die italienischen Juristen bereits auf den Handelsbrauch (statuta et consuetudo)[8]), und es war die Ausbildung einer solchen Usance dadurch ermöglicht, daß

---

[4]) Vgl. die angeführte Erörterung Endemann's S. 330—341, und die reichhaltige Zusammenstellung der Literatur bei Wetzell, Civilprozeß, 1. Aufl. §. 24 Anm. 21. Hommel, Literatura juris p. 39 leitet dasselbe sogar aus dem Talmud ab, eine Ansicht, die in Rundes Beiträgen (Bd. I S. 435 ff.) eine ausführliche Erörterung gefunden hat.

[5]) Kraut, de argentariis et nummulariis. Göttingen 1826.

[6]) Sie standen unter dem praefectus urbi. L. L. 1. 9, L. 2 D. de off. praef. Urbi I, 12.

[7]) Hierfür sprechen auch die bekannten Stellen L. 5 C. de prob. II, 19. L. 6 Cod. eod.

[8]) S. die Zusammenstellung bei Gaill Observ. II, 20 n°. 5—7.

man sich im Handelsprozesse vor den italienischen Handelsgerichten des Mittelalters mit einer bloßen Bescheinigung oder halbem Beweise begnügte, im Allgemeinen also einer freieren Beweistheorie huldigte. In den Statuten von Bologna von 1454 findet sich bereits eine ausführliche Bestimmung über die Beweiskraft der Handelsbücher [9]), in Deutschland finden sich solche Bestimmungen zwar erst in den Stadtrechten des XVI. Jahrhunderts [10]), hieraus folgt aber keineswegs, daß das Institut nicht schon früher in Deutschland Geltung gehabt habe [11]).

Anfänglich wirkte das Privileg allerdings nur in Streitigkeiten der Kaufleute unter einander; nach und nach dehnte man dessen Gebrauch gegenüber den Nichtkaufleuten immer mehr aus, und das Handelsgesetzbuch hat den ersten Standpunkt wieder eingenommen; es beschränkt sich auf Gewährung einer besonderen Beweiskraft in Streitigkeiten zwischen Kaufleuten, und es entscheiden daher hinsichtlich der Beweiskraft der Handelsbücher gegen Nichtkaufleute nur die einzelnen Landesgesetze [12]).

§. 2.

Ueber den inneren Grund der Begünstigung, welche den kaufmännischen Büchern zugewendet ist, wurde von jeher viel controvertirt [13]); es ist dessen Feststellung keine müßige Frage, denn von ihm aus allein lassen sich die Grenzen der Beweiskraft richtig bestimmen.

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß (insbesondere im Mittelalter) ein hauptsächlicher Grund, weshalb man den Büchern der Kaufleute eine besondere Beweistüchtigkeit zuschrieb, in der Ueberzeugung von der subjektiven Glaubwürdigkeit des Buchführers gelegen war [14]). Man berücksichtigte den Zusammenhang getreuer Buchführung mit der kaufmännischen

---

9) Kraut, Grundriß d. deutschen Privatrechtes §. 346; v. Martens, Ursprung des Wechselrechtes Anh. Nr. 10 p. 57.

10) H. Pemsel, die Fassung des Bucheides, Erlangen 1866, S. 1, 2.

11) Zwei Zeugnisse aus den Jahren 1449 und 1453 aus Danzig s. bei Hirsch Danzig's Handelsgeschichte (1858) S. 232. In Basel findet sich die Beweiskraft der Handelsbücher erst in der Gerichtsordnung von 1719 erwähnt, während nach der Rechtsübung wenigstens des XVI. Jahrh. kein Zweifel darüber bestehen kann, daß das Institut schon früher galt.

12) Vgl. Bayerisches Einf.-Ges. Art. 73 und den Kommentar hiezu S. 202.

13) Vgl. Pemsel a. a. O. S. 9 f. Gengler, Lehrbuch d. deutschen Privatrechtes I. Bd. S. 182. Gönner, Motive zum Prozeßgesetzbuche S. 451. Poujol, traité des obligations. Colmar 1867. Vol. III p. 148.

14) Endemann a. a. O. S. 342.

Ehre, und war der Ansicht, daß, weil der ganze Handelsverkehr auf Treue und Glauben beruht, man denjenigen, welche den Handel betreiben, ein gewisses größeres Zutrauen nicht versagen dürfe[15]). Daneben wird auch das eigene materielle Interesse des Kaufmannes an der Führung vollständiger und richtiger Bücher nicht außer Acht gelassen werden können, da Unregelmäßigkeiten in der Buchführung in der Regel bald an das Tageslicht kommen, und eine erhebliche Minderung des Credites zur Folge haben[16]).

Allein diese blos subjektiven Momente würden legislativ offenbar ungenügend sein, um eine Beweisbegünstigung darauf zu begründen. Man hat daher stets[17]) neben diesen Momenten auch auf die Eigenthümlichkeit der kaufmännischen Buchführung selbst, auf die in derselben liegende materielle Garantie für die Richtigkeit des Eintrages hingewiesen und in der gegenwärtigen Zeit, wo die durch die alten Gildeordnungen und Zunftgesetze gezogenen Schranken der Kaufmannseigenschaft fast vollständig gefallen sind, wo es nicht mehr einen in sich geschlossenen, auf verhältnißmäßig wenig zahlreiche, sich wechselseitig im Geschäfts- und Privatleben genau kennende und controlirende Personen beschränkten Kaufmannsstand gibt, sondern jeder, welcher gewerbemäßig kauft, um zu verkaufen, als Kaufmann gilt und ohne Konzession oder obrigkeitliche Ermächtigung und ohne Prüfung seiner Geschäftskunde, seiner persönlichen Tüchtigkeit und seines Leumundes als Kaufmann im Sinne des Gesetzes angesehen und behandelt werden muß[18]), würde die Vermuthung, daß Jeder, der kaufmännische Geschäfte betreibt und ein Buch führt, auch ein ehrlicher, redlicher und wahrheitsliebender Mann sei, nicht wohl eine begründete genannt werden können[19]).

Demnach muß der Grund, weshalb den Einträgen in den Handelsbüchern eine bevorzugte Glaubwürdigkeit beigemessen werden kann, jetzt darin gefunden werden[20]), daß die kaufmännische Buchführung, wenn sie ordnungsgemäß und nach den Regeln der Handlungswissenschaft erfolgt, in sich selbst die Garantie der Wahrheit enthält. Denn die Beschaffenheit

---

15) Pöhls a. a. O. S. 351.

16) v. Hahn Kommentar S. 31.

17) Vgl. Anschütz, Beweiskraft des Copirbuches, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I S. 217.

18) Daß die Beseitigung dieser Fesseln im Interesse des Verkehres nützlich und nothwendig war, bedarf keiner Begründung.

19) Vgl. das Erkenntniß des Nürnberger Handelsappell.-Ger. in der Sammlung Bd. I S. 439 ff.

20) Bei Streitigkeiten zwischen Kaufleuten kommt hiezu noch das wichtige Moment der Controle, welche die beiden Buchführungen wechselseitig gewähren.

und die Geschlossenheit der Beurkundung bringt es mit sich, daß die Thatsachen, so wie sie sich eben zutragen, auch aufgezeichnet werden; die Natur der Sache ergibt für den Kaufmann die Nothwendigeit, richtig zu buchen, da er sonst alsbald die nöthige Uebersicht verlieren würde, und die strengen Regeln der Buchführung schließen die Möglichkeit aus, daß eine Beurkundung willkürlich und nachträglich, um sich einen Beweis erst zu schaffen, vorgenommen wird, indem sich derartige Manipulationen leicht aus den Büchern selbst ersehen lassen.

Dieses letztere Moment muß als das entscheidende und maßgebende festgehalten werden, die kaufmännischen Bücher treten deshalb aus der Reihe der gewöhnlichen Privatskripturen heraus, weil dieselben in der Absicht geführt werden, Thatsachen für die Erinnerung festzuhalten und nicht in der Absicht, Beweismittel zu erlangen[21]), und weil bei deren Führung nur das, was im Momente geschieht, aufgezeichnet wird und an die später entstehenden Streitigkeiten damals nicht wohl im Voraus gedacht werden konnte.

Ebendeshalb aber ist in den Handelsbüchern nur das beweisfähig, was in diese Kategorie der Einträge fällt; nicht weil ein Kaufmann geschrieben hat, glaubt man ihm, sondern weil er es kaufmännisch beurkundet hat[22]).

§. 3.

Das Handelsgesetzbuch hat sich im Allgemeinen in der Materie von den Handelsbüchern dem französischen Rechte angeschlossen und zwar nicht nur hinsichtlich der Form der Buchführung (Art. 8, 9, 10 des Code de commerce), sondern auch im Allgemeinen hinsichtlich der Beweiskraft. In dieser Beziehung bestimmen die Art. 12 und 13 des Code de c.:

Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçans pour faits de commerce.

Les livres, que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités prescrites, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auront tenus.

Der Preußische Entwurf änderte, dem Reichshandelsgesetzbuche[23])

---

[21]) Vgl. hierüber die Erörterungen von Endemann a. a. O. S. 344 ff.

[22]) Vgl. hierüber unten Art. 34.

[23]) Dieser Entwurf hatte in Art. 13 und 14 die Beweiskraft für alle Handelssachen ausgesprochen.

theilweise nachfolgend, in diesen Sätzen besonders zweierlei; er zog auch die Nichtkaufleute in den Kreis der Beweiskraft der Bücher und räumte dem Richter ausdrücklich die Befugniß ein, zum Eide zu greifen. Hiernach lauteten die Art. 34—36 folgendermaßen:

Regelmäßig geführte Handelsbücher können bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten als Beweismittel dienen. Gegen Nichtkaufleute sind dieselben für sich allein zur Erbringung des Beweises nicht hinreichend.

Bei dem Beweise durch die Handelsbücher hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Gewicht beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Theile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abgesehen, oder ob den Büchern des einen Theiles eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei. In allen Fällen kann die eidliche Bestätigung des Inhaltes der Bücher von dem Richter verordnet werden. Der Richter kann auch verordnen, daß an Stelle des Handlungseigenthümers der Handlungsgehülfe, welcher die Bücher geführt hat, den Inhalt der Bücher eidlich bestärke.

Handlungsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach Lage der Sache geeignet erscheint.

Diesen Bestimmungen zufolge wäre die Beurtheilung der Beweiskraft der Handlungsbücher und der in denselben enthaltenen Einträge in jedem einzelnen Falle dem freien richterlichen Ermessen überlassen gewesen[24]), und diese Ansicht fand bei der Berathung gewichtige Vertheidiger. Man stützte sich dabei auf folgende Erwägungen[25]):

Der Entwurf gehe im Art. 34 von der Voraussetzung aus, daß überall Handelsgerichte, die aus rechtsgelehrten Richtern und Sachverständigen vom Handelsstande zusammengesetzt seien, eingeführt werden würden. Für

---

[24]) Hiefür tritt auch Endemann in dem mehrerwähnten Aufsatze mit ausführlicher Begründung auf.

[25]) Prot. S. 49 u. 50.

diese passe aber ein Einschränken auf bestimmte Beweisregeln nicht, vielmehr sei durch sie ein freies Walten des Richters wesentlich bedingt, und namentlich ständen die technischen Richter auf dem Standpunkte, welcher dem von Geschwornen in mancher Hinsicht ähnlich sei. Dies habe eine lange Erfahrung hinlänglich anerkannt, denn schon jetzt sei, welches auch immer die Prozeßordnung eines Landes sein möge, an manchen Orten trotz der bestehenden Beweistheorieen sehr vieles in Ansehung der Beweiskraft von Handelsbüchern dem richterlichen Ermessen anheimgefallen, so daß ein Gesetz, welches jede Beweistheorie fallen lasse, nur wenig Neues in der Praxis erzeugen und nur das aussprechen und vollenden werde, was eine lange Uebung bereits vollzogen habe. Wenn z. B. allenthalben die eidliche Bestärkung ordnungsmäßiger Handelsbücher zu einem vollen Beweise ausgereicht habe, so werde ein Gesetz im Sinne des Entwurfes hieran wenig ändern; denn derjenigen Fälle, in denen der Richter auch ohne Eid allein auf die Handelsbücher hin einen ganzen Beweis als erbracht ansehen könne, würden nach wie vor sehr wenige sein. Es habe sich auch das Prinzip des Entwurfes schon in seiner ganzen Ausdehnung praktisch bewährt, und allen gerechten Erwartungen entsprochen. Die Nothwendigkeit, das Prinzip des Entwurfes zu sanktioniren, ergebe sich aber auch aus demselben Grunde, auf welchem vorzugsweise die oben erwähnte Praxis beruhe, nämlich darauf, daß die Aufstellung einer nur einigermaßen erschöpfenden Beweistheorie gar nicht möglich sei. Wo auch immer eine Aufstellung derselben versucht werde, müsse gleichwohl Vieles dem freien Ermessen zugewiesen werden, wie z. B. die Beurtheilung der wichtigen Fragen, ob und in welchem Maße die Bücher ordnungsmäßige und ob und welche Bedenken gegen dieselben aus der größeren oder geringeren Rechtlichkeit der Produzenten herzunehmen seien. Dabei gebe das Prinzip des Entwurfes auch der Möglichkeit Raum, vieles zur Erforschung der Wahrheit Dienliche zu beachten, was bei einer formalen Beweistheorie unbeachtet bleiben müsse.

Allein die Mehrheit der Kommission[26]) erkannte diese Gründe nur insoweit an[27]), als sie dafür sprächen, daß dem Ermessen des Richters die Beurtheilung der Frage zu überlassen sei, ob die Bücher ordnungsmäßig geführt seien und ob in der Person des Produzenten kein Anlaß liege, ihre Richtigkeit zu bezweifeln. Dazu, dem Richter auch im Uebrigen freie Hand zu lassen, konnte man sich dagegen nicht entschließen, sondern entschied sich

---

[26]) Sieben gegen sieben Stimmen, indem der Vorsitzende gegen den Entwurf den Ausschlag gab.

[27]) Prot. S. 51.

für Feststellung eines bestimmten Maßes der Beweiskraft der Handelsbücher in der Erwägung[28]), daß es sich um eine Ausnahme von den allgemeinen Beweisregeln handle, die möglichst zu restringiren sei, daß der Entwurf nur da kein Bedenken errege, wo die genauesten und strengsten Vorschriften über Buchführung gegeben wären, ferner daß den Richter eine legale Beweistheorie vor dem Vorwurfe der Willkür schütze, daß es endlich für den Kaufmann wünschenswerth sei, im Voraus zu wissen, unter welchen Formen er auf Beweisfähigkeit seiner Bücher rechnen könne.

Dieser Beschluß blieb auch in der zweiten Lesung[29]) unverändert und ging so in das Gesetzbuch über.

§. 4.

Die kaufmännische Buchführung[30]) ist ihrem Begriffe nach die planmäßige, nach gewissen Grundsätzen geordnete Aufzeichnung aller in einem Etablissement sich ergebenden Geschäftsvorgänge, also die geregelte Rechnungsführung über das Geschäft[31]).

Dieselbe ist nach der Art und Weise, wie die Bücher geführt werden, entweder die einfache oder die doppelte.

Für das gesammte Vermögen des Geschäftes stellt sich jeder Geschäftsvorgang als eine Mehrung oder Minderung der Kasse oder des effektiven Besitzstandes überhaupt dar; zugleich aber erzeugt derselbe entweder ein Guthaben oder eine Schuld. Die Schuld, das kaufmännische Soll (Debet) „belastet" das Geschäft, das Guthaben, das kaufmännische Haben (Credit)[32]) entlastet dasselbe, indem es ihm gutgebracht, indem es dafür „erkannt" wird.

Bei der einfachen Buchhaltung wird nun lediglich die Mehrung und Minderung des effektiven Besitzes in's Auge gefaßt, und deshalb jede Ein-

---

[28]) Prot. S. 54.

[29]) Prot. S. 936 ff.

[30]) Vgl. J. Gsell, kurze und deutliche Anweisung zur Selbsterlernung der doppelten Buchhaltung. Nürnberg 1816. J. H. Cuntz, Handbuch für angehende Kaufleute. Braunschweig 1851. J. C. F. Landgraff, praktische Anweisung in der einfachen und doppelten Buchhaltung. 2. Auflage. Quedlinburg und Leipzig 1852. C. Stern, die kaufmännische Buchführung. 6. Auflage. Berlin 1864. C. Schick, theoretisch-praktisches Lehrbuch der einfachen und doppelten Buchhaltung. Leipzig 1866.

[31]) Vgl. Stern a. a. O. S. 5.

[32]) Der Accent liegt auf dem e, ein Geschäft, welches viel im Kredit stehen hat, verdient Kredít. Für Haben hieß es ehedem „Soll haben".

nahme und andererseits jede Ausgabe nur einmal in das Buch als Zugang oder Abgang eingeschrieben. Die doppelte Buchführung dagegen berücksichtigt neben der Mehrung und Minderung des Besitzes auch die Veränderung des Besitzstandes nach seinen einzelnen Theilen; sie muß daher, weil die Mehrung auf der einen Seite stets eine Minderung auf einer anderen Seite zur Voraussetzung hat, jeden Geschäftsvorgang doppelt buchen, indem sie einem jeden Gläubiger einen Schuldner entgegenstellt.

Soferne hierbei als Gläubiger oder Schuldner eine außerhalb des Geschäftes stehende Person auftritt, wird derselben das Guthaben oder die Schuld auf ihre Rechnung gesetzt, ihr Konto wird belastet oder entlastet[33]). Wenn aber der Besitzstand nur innerhalb des Geschäftes wechselt, sonach nicht zwei Personen, sondern nur zwei Theile oder Branchen des Geschäftes sich entgegenstehen, muß, um doppelt buchen zu können, mit einer Fiktion geholfen werden, indem man die Geschäftstheile als Personen auffaßt, und ihnen eine Rechnung eröffnet.

Wenn also z. B. der Prinzipal 200 fl. aus der Kasse nimmt und dafür einen feuerfesten Schrank kauft, so ist er effektiv weder ärmer noch reicher geworden. Um nun aber diesen Vorgang in den Büchern ersichtlich zu machen, um auszudrücken, der Kassenbestand hat sich um 200 fl. gemindert, und dafür hat sich der Besitz an Handlungsutensilien um einen 200 fl. werthen Schrank vermehrt, wird fingirt: Die Kasse hat dem Komplex der Handlungsutensilien 200 fl. gegeben; demnach wird gebucht:

Kassakonto credit: 200 fl.
Utensilienkonto debet: 200 fl.

Daher hat die doppelte Buchhaltung neben den Personenkonti eine Reihe todter (fingirter) Konti (conti finti)[34]), auch Sachen- oder Hilfskonti genannt.

Die zwischen der Summe des Soll und des Haben bei einem Konto sich ergebende Differenz wird der Saldo genannt, der für das Geschäft entweder ein Guthaben oder eine Schuld, ein Activ- oder Passivsaldo ist. Dieser Saldo wird beim Abschluß des Konto auf derjenigen Seite zur Ausgleichung eingestellt, welche die kleinere Summe zeigt, und sodann natürlich auf der anderen Seite als „Saldo voriger Rechnung" wieder neu vorgetragen. Bei der Kasse, bei den Waaren und Werthpapieren wird

---

[33]) Ist der Verkehr mit einzelnen Geschäftsfreunden unbedeutend und vereinzelt, so legt man ein Gesammtkonto (Conto pro diversi) an, in welchem die Posten zusammengefaßt werden können.

[34]) Das Soll wird mit an, das Haben mit für, per, gebucht.

die Differenz zwischen Zu- und Abgang, also das noch Vorräthige als „Bestand" aufgeführt.

Sind bei einem Konto die Summen auf beiden Seiten gleich, so sagt man „es saldirt sich" und ebendeshalb wird eine zur Ausgleichung gemachte Zahlung als „Zahlung per saldo" bezeichnet. Dies ist bei Streitigkeiten über länger andauernden Geschäftsverkehr von großer Wichtigkeit, weil eine solche in den Büchern vorkommende „Zahlung per saldo" die Ausgleichung der bisherigen Rechnung anzeigt, daher das rückwärts Liegende (vorbehaltlich einer nachträglichen Anfechtung auf Grund von Irrthum oder Betrug) für abgethan zu erachten und die richterliche Prüfung nur auf das Folgende erstreckt werden kann.

Von den todten Konti sind die wichtigsten:

1) Das Kapital-Konto. Dasselbe nimmt im Hauptbuche die erste Stelle der Konti ein, denn es ist das Konto für den Inhaber des Geschäftes. Bei Handelsgesellschaften wird ein Personal-Konto mit dem Namen der einzelnen Gesellschafter für jeden Theilhaber gesondert geführt[35]). Dem Kapital-Konto wird gutgeschrieben, was der Geschäftsinhaber (oder beim Personalkonto, was der einzelne Gesellschafter) in das Geschäft eingelegt hat, und desgleichen, was sich nach Abschluß einer bestimmten Geschäftsperiode als Gewinn (oder beim Personalkonto als Gewinnantheil) ausweist. Dagegen muß das Konto belastet werden mit Allem, was der Geschäftsinhaber aus dem Geschäfte für sich oder zur Bestreitung des Geschäftsaufwandes entnimmt oder was er an Dritte schuldet; ebenso was sich als Geschäftsverlust herausstellt[36]). Es kommt nun mitunter vor, daß, um den Buchhaltern oder sonst dritten Unbetheiligten den Einblick in die eigentlichen Verhältnisse des Geschäftes zu entziehen, das Kapitalkonto in Form eines Geheimbuches[37]) geführt wird, also das Kapitalkonto im

35) Man sagt deshalb, bei Handelsgesellschaften fällt das Kapitalkonto weg; richtiger wäre es, das Kapitalkonto für das Gesellschaftsvermögen zu führen, und die einzelnen Theilhaber lediglich als Geschäftsfreunde zu behandeln, wie dies der Fall ist bei der Aktiengesellschaft und bei der Aktienkommanditgesellschaft rücksichtlich der Aktionäre

36) Hieraus ergibt sich, daß die Personalkonti der einzelnen Gesellschafter, wenn sie richtig geführt sind, sofort dasjenige ausweisen müssen, was bei einer Theilung des Gesellschaftsvermögens jeden Theilhaber trifft.

37) Dieses Geheimbuch wird dann aus einem Geheimjournal, Geheimkassebuch, auch geheimem Kopirbuch bestehen müssen.

Hauptbuche ganz wegfällt und das Gewinn- und Verlustkonto auf das Geheimbuch verweist[38]).

2) Gewinn- und Verlustkonto.

Dieses Konto bildet sich aus den Differenzen der unpersönlichen Konti, indem die auf diesen nothwendig werdenden Ausgleichungssaldi, je nachdem sie als Aktiv- oder Passivsaldi sich darstellen, demselben zu kreditiren oder zu debitiren sind. Es wird demnach jeder Ueberschuß eines Haben über das Soll, d. h. der Gewinn auf jedes Konto, welcher zur Ausgleichung dem Konto zur Last geschrieben werden muß, dem Gewinn- und Verlustkonto zu Gute geschrieben, und umgekehrt jeder Ueberschuß eines Konto im Soll über das Haben, also der Verlust, für den das Konto zur Ausgleichung per Saldo erkannt wird, dem Gewinn- und Verlustkonto belastet. Uebersteigt sodann die Debetseite das Kredit, so hat das Geschäft verloren, im umgekehrten Falle hat es gewonnen, und hiernach ist das Resultat auf das Kapitalkonto zu übertragen. Z. B. der Banquier X. hat am 10. Januar 6000 Franks kurze Pariser Wechsel zu 93% gekauft; er erkennt deshalb die Kasse mit 2790 fl. per Wechselkonto, welches für denselben Betrag belastet wird. Am 28. Januar begibt er die Wechsel zu 94 an Gebrüder J., und belastet daher diese, während das Wechselkonto mit 2820 fl. erkannt wird. Sonach wäre Ende Januar das Wechselkonto mit 30 fl. dem Gewinn- und Verlustkonto zu belasten und für denselben Betrag das letztere Konto zu erkennen. Selbstverständlich berechnen sich die Posten des Gewinn- und Verlustkonto nicht nach den einzelnen Geschäften, sondern nach dem Gesammtumsatze, und hätte also im so eben erwähnten Falle der Banquier X. die Summe von 25 fl. im Januar in anderen Wechselankäufen und Verkäufen verloren, so würde er nicht 30 fl., sondern nur 5 fl. auf das Konto übertragen. Ist an Waaren, Wechseln, Staatspapieren u. s. w. noch ein Bestand vorhanden, so muß dessen Werth eingeschätzt[39]) und unter Zuziehung desselben die Gesammtziffer ermittelt werden.

3) Das Kassakonto, auf welchem alle eingehenden Gelder in das Debet gesetzt, alle ausgegebenen aber dem Haben gutgeschrieben werden[40]).

---

[38]) Dem eigentlichen Hauptkapitalkonto stehen als stellvertretende oder Hülfskapitalkonti das Geschäftsunkostenkonto, das Haushaltungskonto, das Interessenkonto und das sogleich zu erwähnende Verlust- und Gewinnkonto zur Seite, indem auf diesen die während des Jahres sich ergebenden Zu- und Abgänge gebucht werden. Vgl. Stern a. a. O. S. 8.

[39]) Vgl. die Erläuterungen zu Art. 31.

[40]) Man hat sich dies vom Standpunkte der Rechnungsstellung aus zu erklären. Die Kasse hat sich gleichsam auszuweisen, wohin das Geld, welches

4) Das Waarenkonto, welches für die auf Lager kommenden Waaren belastet wird, und welchem die am Platze verkauften, auf Bestellung versendeten, in Kommission gegebenen (konsignirten), kurz alle vom Lager abgehenden Waaren[41]) gut geschrieben werden[42]).

Zur Ausgleichung und zum Abschlusse der Bücher dient

5) Das Bilanzkonto.

Dieses Konto enthält auf der Debetseite alle Aktiven des Geschäftes, auf der Kreditseite aber alle Passiven[43]). Daraus ergibt sich, daß jedes abzuschließende Konto für den Betrag, um welchen die Sollseite größer ist, als das Haben, per Bilanzkonto zu erkennen, der Bilanzkonto mit diesem Uebertrag auf neue Rechnung oder Saldo zur Ausgleichung zu belasten ist[44]), daß aber ferner umgekehrt die Ueberschüsse des Haben, indem das Soll mit der Differenz „an Bilanzkonto" belastet wird, dem letzteren gutgeschrieben werden. Als Resultat müssen demnach die Saldi des Bilanzkonto und des Gewinn- und Verlustkonto gleich sein, jedoch so, daß der Saldo des Debet in der Bilanz gleich ist dem Saldo des Kredit im Gewinn- und Verlustkonto. Zur Ausgleichung wird dann ein Posten im Journal derart gebildet, daß, wenn ein Gewinn vorhanden, das letztere Konto für den Betrag desselben belastet, das Bilanzkonto aber dafür erkannt wird, wonach sich die Rechnung nach kaufmännischer Sitte als geschlossen darstellt.

§. 5.

Es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß Anzahl, Beschaffenheit und Benennung der einzelnen Bücher nach der konkreten Betriebsweise eines Geschäftes, oft auch nach dem individuellen Belieben des Geschäftsinhabers

---

in sie gelangte, gekommen ist; diesen Ausweis liefert sie durch Aufzählung aller derjenigen, an welche sie gegeben hat, und der hienach bleibende Rest muß als Bestand in der Kasse liegen.

41) Und zwar nicht die effektiven Waaren, sondern deren Aequivalent in Geld.

42) Das (Immobiliar-)Hauskonto, Handlungsgeräthschaftenkonto, Handlungsunkostenkonto, Haushaltungskonto, Assekuranzkonto u. s. w. ergeben ihren Inhalt durch den Namen; ebenso sind das Provisionskonto, (um in Wechsel-, Speditions- und Kommissionsgeschäften zu sehen, was an Provision verdient wird,) das Zinsen- oder Interessenkonto, das Diskontkonto, das Agiokonto und andere von selbst verständlich.

43) Man bucht dies auch als Altkonto an Neukonto.

44) Z. B. das Waarenkonto eines Geschäftes zeigt ein Soll von 1000 fl., ein Haben von 900 fl.; es wird nun im Haben 100 fl. „per Bilanzkonto" eingesetzt und im letzteren 100 fl. im Debet vorgetragen „für Waarenkonto."

wechseln. Doch sind gewisse Bücher sowohl dem Inhalte als der Benennung nach, allgemein üblich und zur Ermöglichung eines geordneten kaufmännischen Rechnungswesens auch unbedingt nothwendig.

Prinzipiell lassen sich zwei Grundformen von Handelsbüchern unterscheiden:

I. Bücher, in welchen die einzelnen Geschäftsvorgänge der Reihenfolge nach, historisch, eingeschrieben werden,

II. Bücher, in welchen die Resultate der Geschäftsvorgänge ihrem Inhalte nach, systematisch, vorgetragen werden.

Alle in der Praxis wirklich angewandten Bücher lassen sich auf diese beiden Arten zurückführen; sie sind entweder historisch darstellende oder systematisch zusammenstellende, entweder modifizirte Tagebücher oder modifizirte Hauptbücher[45]).

Die gewöhnlich angewandlen Bücher sind nun folgende:

A. Bei der einfachen Buchhaltung.

1) Das Memorial (Journal), auch Prima-Note genannt.

In das Memorial sollten dem Begriffe nach die einzelnen Geschäfte, wie sie vor sich gehen, der Reihe nach aufgenommen werden. Allein dies wäre z. B. im Detailhandel gar nicht möglich. Man pflegt daher die im Tagesgeschäfte vorkommenden kleineren Posten lediglich in eine Kladde Ladenstrazze, Brouillon, einzuschreiben und daraus in verschiedener Weise Uebertragsposten für das Memorial erst zu sammeln.

Ferner wird in der Regel das Memorial (Journal) nur zur Buchung derjenigen Geschäfte verwendet, welche nicht baar abgemacht werden.

2) Das Kassabuch.

In dieses Buch werden alle Geschäftsvorfälle aufgenommen, bei welchen baares Geld eingenommen oder ausgegeben wird. Es wird entweder fortlaufend geführt, und am Rande eine Rubrik für Soll und neben derselben eine solche für Haben gezogen, oder es werden die Geschäfte, die eine Einnahme, ein Soll der Kasse ergeben, auf dem linken Blatte[46]), die Ausgaben aber, die Kreditposten der Kasse, auf der rechten Seite gebucht.

---

[45]) Ein Tagebuch und ein Hauptbuch (Kontobuch) wären an sich zur Evidenthaltung des Geschäftes genügend, vgl. auch Stern a. a. O. S. 17.

[46]) Das heißt in dem gebundenen Buche werden die geraden Seiten (Seite 2, 4, 6 u. s. w.) mit dem Soll, die ungeraden (3, 5, 7 u. s. w.) mit Haben beschrieben, wobei jedoch die Zählung selbst für beide Seiten dieselbe Ziffer setzt.

Das Kassabuch wird entweder aus dem Memorial hergestellt, oder es wird, wenn dieses die Baargeschäfte nicht enthält, (was ziemlich die Regel bildet,) für sich geführt; auch soll dasselbe jeden Monat abgeschlossen, und der Kassebestand im folgenden Monate neu vorgetragen werden.

3) Das Hauptbuch.

Das Hauptbuch enthält in der einfachen Buchhaltung eigentlich nur die Zusammenstellung der Posten, welche die verschiedenen Geschäftsfreunde schulden oder guthaben, es ist ein Kontokorrent-Buch[47]). Man führt dasselbe, indem man zwei gegenüberstehende Seiten mit dem Namen des Geschäftsfreundes überschreibt und links dessen Schuldposten, rechts sein Guthaben einträgt. Bei kleinem Geschäftsverkehre werden auch die beiden Blätter durch Querstriche in eine obere und untere Hälfte getheilt und auf jeder dieser Hälften ein gesondertes Konto vorgetragen.

4) Das Waarenbuch (Waarenskontro).

In diesem wird jedem Waarenartikel ein Konto eröffnet und darauf der Zugang als Soll und der Abgang als Haben der einzelnen Quantitäten[48]) bemerkt. Ist das Geschäft ein Wechselgeschäft, so ist an Stelle des Waarenbuches das Wechselskontro zu führen[49]), in welchem der Ein- und Ausgang der Wechsel verzeichnet wird[50]) und welches den etwaigen Bestand derselben darthut[51]).

Im Waarenbuche stellen sich natürlich die Abgänge durch Eintrocknen, längere Lagerung u. s. w. nicht ohne Weiteres dar; daher ist es Regel, das Inventar nicht nach dem Waarenskontro zu errichten, weil es in diesem Falle unzuverlässig wäre. Vielmehr wird der durch Inventarisirung gegen-

---

[47]) Fehler, die sich im Kontokorrent eingeschlichen haben, werden stornirt, das heißt, man trägt den irrigen Posten als „Storno des gegenüberstehenden unrichtigen Postens“ auch auf der entgegengesetzten Seite ein, wodurch derselbe durchlaufend wird. Selbstverständlich ist dann auch noch der richtige Posten zu buchen.

[48]) Vom Waarenkonto unterscheidet sich daher das Waarenbuch dadurch, daß letzteres die Bewegung im Stand der Waaren als solchen, ersteres die Bewegung im Geldwerthe derselben darzustellen hat.

[49]) Ueberhaupt wird, wenn ein Geschäft größer ist, und in Wechseln gehandelt wird, dieses Skontro neben dem Waarenbuche geführt.

[50]) Auch als Wechselkopirbuch vorkommend; in großen Geschäften in Skontro für Wechsel auf fremde Plätze und Skontro für Platzwechsel, dann in ein Tratten-, Rimessen-, Acceptationsbuch zerlegt und daneben ein Verfallbuch.

[51]) Aehnlich wird oft ein Skontro für Staatspapiere und Aktien geführt.

über den im Buche erscheinenden Beständen der einzelnen Waarenvorräthe sich aufdeckende Defekt (Manko) im Skontro als Abgang nachträglich zu buchen sein.

B. Für die doppelte Buchhaltung.

1) Kladde,

2) Memorial und

3) Kassabuch.

4) Journal.

5) Hauptbuch.

Die drei erstgenannten Bücher sind im Allgemeinen dieselben wie bei der einfachen Buchhaltung, nur erscheinen im Memorial der doppelten Buchhaltung lediglich Sollposten, weil in dieser sich stets ein Kreditor und Debitor gegenüberstehen müssen und es fester Grundsatz ist, den Debitor voranzustellen[52]. Ferner ist im Kassabuch auf der Debetseite immer zugleich der Gläubiger, auf der Kreditseite der Schuldner vorzumerken[53].

Weil ferner prinzipiell Nichts in das Hauptbuch kommen soll, was nicht im Journale steht, das Journal aber sich aus Memorial und Kassabuch bildet, so sollten auch für die Ausgleichung der verschiedenen Konti und für den Vortrag der Saldi in den genannten Büchern Posten gebildet und vorgetragen werden, häufig werden jedoch diese letzteren nur im Journale gebucht.

---

[52]) Wenn also das Haus Müller et Cpie. von Gebrüder Bestelmeyer in N. 100 Centner Landtabak, zu 24 fl. den Centner, bezieht, so bucht man dies im Müller'schen Memorial, wie folgt:

Waarenkonto (Soll)

an Gebrüder Bestelmeyer in N. für von ihnen erkaufte 100 Centner Landtabak per Centner à 24 fl.

. . . . 2400 fl.

[53]) Z. B. Kassakonto.

Soll Monat Janar 1866.

An C. F. Müller

für seine Zahlung von 100 fl.

oder

Haben

Per Carl Otto

für Zahlung an ihn . . . . 100 fl.

Diesen Büchern stehen je nach dem Umfange des Geschäftes Hülfsbücher der verschiedensten Art zur Seite. Mitunter werden in einem Waarengeschäfte im Memorial die Einkäufe und Verkäufe nicht verzeichnet, sondern ein Einkaufs- oder Fakturenbuch und ein Verkaufbuch geführt; dazu kommt ein Calculationsbuch, um die Preise, auf welche die Waaren zuzüglich von Fracht und Spesen u. s. w. zu stehen kommen, auszurechnen. Endlich ist zu erwähnen das Kommissions- oder Bestellbuch, in welchem alle Bestellungen eingetragen werden, welche brieflich oder durch Reisende eingehen; ebenso jene, welche das buchführende Haus nach auswärts ertheilt. — Nebenbücher des Kassabuches sind: das Kassabrouillon zur einstweiligen Verzeichnung der Gelder, das (selten vorkommende) Sortenskontro über die eingegangenen und ausgegebenen Münzsorten, das Haushaltungskostenbuch, Handlungsunkostenbuch, Briefportobuch, Speditionskassabuch u. dgl.

Bei Häusern, welche sich ausschließlich oder doch viel mit Speditionen abgeben, wird auch häufig ein besonderes Speditionsbuch für Aufzeichnung dieser Geschäfte geführt.

4) Journal.

Neben dem Hauptbuche das wichtigste Buch der doppelten Buchhaltung ist das Journal. Dem Begriffe nach sollte dasselbe Tag für Tag aus Memorial- und Kassabuch die Geschäftsvorgänge des Tages aufnehmen und zwar ihrer historischen Reihenfolge nach. Allein dies ist nicht Uebung; vielmehr pflegt man das Journal gerade deshalb zu führen, um die Geschäfte nach der Gleichartigkeit zu sortiren, die Geschäfte der einzelnen Geschäftsfreunde zusammenzustellen und die so zusammengefaßten Posten zur leichteren Uebertragung in das Hauptbuch jeden Monat summarisch zu journalisiren[54]).

Das Journal ist einerseits Grundlage des Hauptbuches, ruht aber selbst auf Memorial und Kassabuch.

5) Hauptbuch.

Im Allgemeinen ist das Hauptbuch der doppelten Buchhaltung so eingerichtet wie jenes der einfachen, nur erscheinen in demselben, wie bereits erörtert, eine Anzahl von Sachenkontos, welche der einfachen Buchhaltung unbekannt sind.

---

[54]) Stern a. a. O. S. 23 spricht sich sehr entschieden gegen diese Umwandlung des Journals in ein „Monatsbuch" aus und bemerkt, daß letzteres für sich, ohne seine weiteren Grundlagen, ganz beweisunbehelflich sei.

Die Reihe der Konti eröffnet das Kapitalkonto, dann folgt das Kassakonto, das Waarenkonto, das Wechselkonto, hierauf die übrigen todten Konti (ausgenommen das Bilanzkonto), sodann die Personenkonti in der Reihenfolge, wie die Geschäftsfreunde in das Geschäft eingetreten sind, zuletzt das Bilanzkonto.

Daneben pflegt ein Kontokorrentbuch geführt zu werden, welches die laufenden Rechnungen der Geschäftsfreunde enthält, aus welchem dann in gewissen Zwischenräumen denselben (unter Hinzurechnung der Zinsen, Provision, Porti u. s. w.) Auszug ertheilt zu werden pflegt, und in welches alle einzelnen Geschäfte ihrem Resultate nach (nicht wie im Hauptbuche die Resultate längerer Geschäftsperioden) einzutragen sind [55].

Art. 28.

Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind.

Er ist verpflichtet, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren und eine Abschrift (Kopie oder Abdruck) der abgesandten Handelsbriefe zurückzubehalten und nach der Zeitfolge in ein Kopirbuch einzutragen.

Pr. E. Art. 29. I E. Art. 29. II E. Art. 27. Prot. S. 44, 932 ff.

1) Jeder Kaufmann.

Ausgenommen sind, wie bereits oben näher erörtert wurde, die in Art. 10 Abs. 1 aufgeführten kleinen Handelsleute, dagegen besteht dieselbe Pflicht wie für den Einzelkaufmann so für Handelsgesellschaften.

2) Verpflichtet.

Welche Folgen die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung nach sich ziehe, ist im Gesetze nicht vorgesehen. Daß der Kaufmann, welcher keine Bücher oder keine solchen Bücher führt, wie sie Art. 28 bezeichnet, das Privilegium des Beweises durch seine Bücher nicht in Anspruch nehmen kann, ist klar;

---

[55]) Mitunter wird dieses Buch wieder in ein Debitoren- und ein Kreditorenbuch zerlegt.

auch stehen ihm die in den Strafgesetzbüchern (Art. 328 u. 329 d. bayerischen Strafgesetzbuches) angedrohten Strafen in Aussicht, falls er in Konkurs geräth [1]). Ob hingegen das Handelsgericht mit Ordnungsstrafen die Führung von Büchern erzwingen dürfe [2]), muß verneint werden. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Befugniß praktisch zu den größten Verationen und Belästigungen des Kaufmannsstandes führen würde [3]) und die Durchführung einer solchen Oberaufsicht geradezu unmöglich wäre, ist auch durch Art. 26 des a. d. HGB. der Grundsatz anerkannt, daß, wo dem Handelsrichter die Befugniß, mit Ordnungsstrafen vorzugehen, gewährt sein soll, dieses ausdrücklich im Gesetze gesagt wird. Da nun eine solche ausdrückliche Ermächtigung des Richters in Bezug auf die Handelsbücher fehlt, so folgt hieraus, daß derselbe auch keine Pflicht und kein Recht hat, von Oberaufsichtswegen die Kaufleute zur Führung der Bücher anzuhalten.

Demohngeachtet ist die Verpflichtung, welche das Gesetz dem Kaufmanne in dieser Hinsicht auferlegt, auch nach dem HGB. nicht bedeutungslos. Vor Allem sind die gesetzlichen Vorschriften in Bezug auf die Verbindlichkeit zur Vorlage der Bücher und die Folgen einer Nichtvorlage in das Auge zu fassen [4]); worüber Art. 37 zu vergleichen ist.

3) Bücher.

Das Gesetzbuch führt nicht, wie andere Gesetzgebungen [5]), bestimmte Bücher auf, welche der Kaufmann zu führen hat, weil, wie oben erör=

---

[1]) Das Handelsgesetzbuch selbst droht ihm diese Strafen nicht an, in welcher Hinsicht es sich vom Code de commerce wesentlich unterscheidet; vgl. Endemann S. 107 N. 10.

[2]) Wie solches auch nach den im Uebrigen sehr formalen Vorschriften des Code de commerce nicht zulässig ist.

[3]) Vgl. hierüber die Bemerkungen des Hamburger Abgeordneten (Prot. S. 932), welche übrigens nur gegen eine solche Erweiterung der Vorschriften, nicht aber gegen die gegenwärtige Fassung des Gesetzbuches als zutreffend erscheinen.

[4]) Prot. S. 933.

[5]) Der Code de commerce Art. 8 verlangt „un livre-journal", in welchem Tag für Tag Alles, was eingenommen und was bezahlt wird, einzutragen und in welchem jeden Monat die Summe aufzuführen ist, die der Kaufmann zum eigenen Gebrauche verwendet; dann ein Briefkopirbuch und ein Inventarienbuch. Diesen Vorschriften folgen das holländische und spanische Gesetzbuch und die Entwürfe des Würtemberger und Reichshandelsgesetzbuches.

tert worden, eine solche Vorschrift bei den mannigfachen Verschiedenheiten des Geschäftslebens und bei dem Umstande, daß die Anzahl und Geltung der Bücher sich wesentlich nach den speziellen Bedürfnissen des einzelnen Geschäftes richtet, nicht wohl ohne große Belästigung des Kaufmannsstandes durchzuführen wäre. Man hat sich deshalb mit einem allgemeinen Prinzipe begnügt, davon ausgehend, daß in dem einzelnen Falle jeder verständige Kaufmann mit Leichtigkeit werde beurtheilen können, welche Bücher zu einer ordentlichen Uebersicht seines Geschäftes erforderlich sind [6]) und daß überdieß bei der Einrichtung der Handelsgerichte eine Unsicherheit in der Rechtssprechung nicht wohl zu befürchten sei [7]).

Der Pr. E. hatte das Prinzip dahin präzisirt, daß aus den Büchern zu jeder Zeit die Handelsgeschäfte und die Vermögenslage des Kaufmannes klar zu ersehen sein müßten. Bei der Berathung wurden die Worte „zu jeder Zeit" weggelassen, weil „es gar keine Art der Buchführung gebe, welche dazu führe, daß man aus den Büchern — ohne Zuhandensein anderer Behelfe, wie Inventar und Schätzung der Waarenlager — zu jeder Zeit den Stand des Vermögens eines Kaufmannes ersehen könne" [8]). Hieraus geht hervor, daß eigentlich nur in Bezug auf die Uebersicht des Vermögensstandes die Worte „jeder Zeit" als unpassend erachtet wurden; hinsichtlich der einzelnen Handelsgeschäfte aber wurde kein Anstand darüber erhoben, daß die Buchführung diese zu jeder Zeit vollständig ersehen lassen müsse, und es billigt daher das Gesetz keineswegesden hie und da vorkommenden Mißbrauch die Handelsgeschäfte nur alle Monate oder sonst nur nach gewissen Zeitabschnitten in Masse zu buchen.

4) Aufzubewahren.

Es wurde zwar, wie schon die Motive des Pr. E. besagen, gegen diese Vorschrift eingewandt, daß in derselben eine allzugroße Bevormundung liege und man es füglich dem Handelsstande selbst überlassen könne, ob er

---

[6]) Betreibt ein Gesellschafter neben der Gesellschaft ein selbständiges Geschäft, so müssen in den hierüber geführten Büchern auch die Summen eingetragen werden, welche ihm in der Gesellschaft zu Gute gerechnet sind, da ohne dieses der Stand seines Vermögens nicht klar ersichtlich ist. v. Hahn S. 83.

[7]) Motive zum Pr. E. S. 20.

[8]) Dies möchte zwar bei genauer Führung eines Waarenskontrobuches nich tganz zweifellos sein, allein praktisch wäre es allerdings nicht, eine solche in der Regel kaum ausführbare Genauigkeit für den Waarenskontro gesetzlich vorzuschreiben. Vgl. auch E. Stern, der in seinem mehrfach citirten Werke jede gesetzliche Bestimmung hierüber überhaupt bekämpft.

sich die ihm nützlichen Beweismittel sammeln wolle oder nicht[9]). Auch wurde bei der Berathung vorgebracht[10]) es bestehe keineswegs eine gleichmäßige Uebung dafür, daß alle Handelsbriefe aufbewahrt würden. Allein das Gesetz hat mit Recht auf diese Einwendungen keine Rücksicht genommen und der Art. 37 setzt auf die Nichtbeachtung der gebotenen Vorsicht das entsprechende Präjudiz.

Wie die Aufbewahrung zu geschehen habe, darüber bestimmt das Gesetz nichts, nach dem Code de commerce[11]) sind die Briefe in Packete zu sammeln.

5) Zurückzubehalten.

In Bezug auf die abgesendeten Briefe hatte der Pr. E. eine weit strengere Vorschrift; nach dieser sollte der Kaufmann verpflichtet sein, von allen abgesendeten Handelsbriefen eine wörtliche Abschrift zu nehmen. Hiergegen wurde erinnert[12]), daß in vielen sehr achtungswerthen Handlungshäusern nur die wichtigeren Briefe in Abschrift zurückbehalten würden; in anderen werde überhaupt nur der wesentliche Inhalt in das Kopirbuch eingetragen, in anderen endlich nur der Inhalt der Antwortschreiben auf dem eingegangenen Briefe kurz notirt; übrigens sei, da sich bei besonderen Anlässen die Briefe oft massenhaft drängten, eine Einhaltung der vorgeschlagenen gesetzlichen Vorschriften auch faktisch unmöglich.

Es wurde deshalb der Ausdruck „wörtlich" gestrichen, um anzudeuten, daß auch eine solche Abschrift des Briefes, die nur den wesentlichen Inhalt wiedergibt, genüge und für das Wort „aller" das Wort der eingesetzt, wodurch ausgedrückt ist, daß nicht etwa ein fehlender Brief schon die Beweiskraft des ganzen Buches zerstöre.

Die Worte „Kopie, Abdruck" stellen fest, daß die mit der Kopirmaschine gemachten Abzüge, auch die gewöhnlichen Abklatsche der abgesandten Briefe, die förmliche Abschrift ersetzen.

6) Einzutragen.

Bei den Berathungen wurde hervorgehoben, daß die Zulassung einzelner

---

[9]) Motive S. 21.

[10]) Prot. S. 44.

[11]) Art. 8 „mettre en liasse"; liasse eigentlich „Packet, Stoß von Schriften", dann aber auch „Bindfaden dazu", weshalb die Gesetzesvorschrift von Packeten zu verstehen ist, die mit Bindfaden gebunden sind, wie dies auch in Deutschland bei der Aufbewahrung der Geschäftsbriefe üblich ist.

[12]) Prot. S. 44.

Blätter als Beweismittel höchst bedenklich erscheine, und es wird auch der Richter den Briefabschriften nur dann eine Berücksichtigung zuwenden können, wenn sie einem förmlichen, der Zeitfolge nach geführten Kopirbuche entnommen sind; denn hier tritt ganz vorzüglich die oben bemerkte Erwägung ein, daß nur in diesem Falle eine Sicherheit für die Richtigkeit der Einträge gegeben ist. Kopieen auf einzelnen Blättern können jederzeit nachträglich gefertigt werden; sie haben keinerlei Garantie für ihre Aechtheit, da auch bei Maschinenkopieen das Original absichtlich später gefertigt und vernichtet worden sein könnte; gerade die Reihenfolge in einem festen Buche ist ein besonderes Moment der Glaubwürdigkeit[13]).

Art. 29.

Jeder Kaufmann hat bei dem Beginne seines Gewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine anderen Vermögensstücke genau zu verzeichnen, dabei den Werth der Vermögensstücke anzugeben und einen das Verhältniß des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß zu machen; er hat demnächst in jedem Jahre ein solches Inventar und eine solche Bilanz seines Vermögens anzufertigen.

Hat der Kaufmann ein Waarenlager, dessen Inventur nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, so genügt es, wenn das Inventar des Waarenlagers alle zwei Jahre aufgenommen wird.

Für Handelsgesellschaften kommen dieselben Bestimmungen in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung.

Pr. E. Art. 30 Abth. 1. I. E. Art. 30. II E. Art. 28. Prot. S. 46, 933, 4527.

---

[13]) Vgl. Anschütz, die Beweiskraft des Kopirbuches, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I S. 219, 220.

Art. 30.

Das Inventar und die Bilanz sind von dem Kaufmann zu unterzeichnen. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so haben sie alle zu unterzeichnen.

Das Inventar und die Bilanz können in ein dazu bestimmtes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden. Im letzteren Falle sind dieselben zu sammeln und in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufzubewahren.

Pr. E. Art. 30 Abs. 2 und 3. I. E. Art. 31. II E. Art. 29. Prot. S. 46, 934

Art. 31.

Bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werthe anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist.

Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werthe anzusetzen, uneinbringliche Forderungen aber abzuschreiben.

Pr. E. Art. 31. I. E. Art. 32. II. E. Art. 30. Prot. S. 47.

1) Die Bilanz wird mit Recht der Prüfstein des Etablissements genannt; es enthält dieselbe das Resultat der Geschäftsführung und sie entscheidet über die Lebensfähigkeit der Firma. Indem aber mit der Bilanz das Haben und das Soll des Geschäftes gegen einander abgewogen und abgeglichen wird, hat sie eine genaue Verzeichnung des Debet und Kredit, eine Inventarisation zur Voraussetzung.

Die Errichtung des Inventares ist demnach die Grundlage zur Feststellung wie eines jeden Vermögensstandes, so insbesondere zur Ziehung der Geschäftsbilanz. Bei der Nothwendigkeit, daß ein Kaufmann stets in der Lage sei, zu wissen, wie sein Vermögen stehe, damit er seine Spekulationen danach bemesse, wird demnach die sorgfältige Inventarisation stets eine hauptsächliche Aufgabe der Buchführung bilden.

Das Inventar läßt sich als „Konto des Etablissements" bezeichnen[1];

---

[1]) Zu unterscheiden vom Kapitalkonto, dem Konto des Etablissements-Inhabers.

es hat im Haben die sämmtlichen aktiven Vermögensbestandtheile, das Eigenthum an Immobilien und Mobilien, insbesondere die Waarenvorräthe, die Wechsel, das vorhandene baare Geld und die Aktiv-Forderungen der Firma vorzutragen; im Soll dagegen sind alle Passiven einzusetzen und die zu ziehende Bilanz zeigt dann den sich ergebenden Saldo. Die erste Inventarisation (und die darauf gezogene Bilanz) ist die Basis des Geschäftes, der sich ergebende Saldo das reine Geschäftsvermögen; sie hat daher bei dem Beginne desselben zu geschehen oder vielmehr, sie soll den Beginn des Geschäftes selbst bilden. Dem Sprachgebrauche des Gesetzbuches gemäß ist Inventarisation die Herstellung der verschiedenen Vermögenswerthe, Bilanz deren gegenseitige Abwägung.

2) Der sorgfältige Kaufmann wird eine summarische Bilanz seines Geschäftsstandes von Zeit zu Zeit, insbesondere vor Beginn einer größeren Operation, nicht unterlassen. Eine genaue und urkundliche Feststellung derselben schreibt das Gesetz aber bestimmt für jedes Jahr vor.

Zu welcher Zeit [2]), ist freigestellt; es kann das Jahr vom Beginne des Geschäftes, das Kalenderjahr, oder das Etatsjahr zu Grunde gelegt oder auch von einem wichtigen Abschnitte des Geschäftes (z. B. von einer Messe) zum anderen gerechnet werden.

Wenn also z. B. Kaufmann A im November 1863 sein Geschäft eröffnet und seinen Geschäftsabschluß künftig nach dem Kalenderjahre machen will, so kann er allenfalls die zweite Bilanz erst im Januar 1865 ziehen, weil hier der Zwischenraum zu gering ist; will er aber etwa je nach der Ostermesse abschließen, so wird er wohl nicht bis zur Ostermesse 1865 warten dürfen, sondern die zweite Bilanz bereits nach der Ostermesse 1864 zu ziehen haben.

3) Auch das Inventar soll regelmäßig jedes Jahr neu errichtet werden und der Pr. E. hatte die jährliche Inventarisation ausnahmslos zur Pflicht gemacht. Allein während die Kommission darüber einig war [3]), daß jeder Kaufmann allerdings jährlich eine Bilanz aufstellen müsse, wurde in Erwägung gezogen, daß in Detail-, Manufaktur- und Kurzwaaren-, Droguerie- u. dgl. Geschäften die Aufnahme einer Inventur über die Waaren sehr schwierig sei und große Zeitopfer, eine mehrwöchentliche Arbeit erfordere. Für solche Fälle wurde eine zweijährige Inventarisation für genügend

---

[2]) Im gewöhnlichen Leben wählt man diejenige Zeit, in welcher das Geschäft stiller zu gehen pflegt.

[3]) Prot. S. 46.

gehalten, wobei dann in jenen Jahren, in welchen nicht neu inventirt wird, das Inventar des Vorjahres zu Grunde gelegt werden muß. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die erkennbaren Veränderungen hierbei in Berücksichtigung gezogen werden müssen, was bei einem einigermaßen ordentlich geführten Waarenskontro keine unbesiegbaren Schwierigkeiten bietet.

Die gewöhnlichste Art der Benützung des früheren Inventares ist beispielsweise folgende: Angenommen, das am 31. Dezember 1864 im Droguengeschäfte X aufgenommene Inventar wies einen Waarenvorrath im Werthe von 20,000 fl. nach. Am 31. Dezember 1865 will X eine abermalige Inventarisation nicht vornehmen; er rechnet also die Kreditsumme seines Waarenkonto mit 25,000 fl. ab, d. h. den Werth der im Jahre 1865 abgegebenen Waaren, zu dem früheren Vorrathe aber zählt er die Debetsumme desselben Konto mit 33,000 fl., so kann er als Waarenbestand in der Bilanz vom 1. Januar 1866 die Summe von 28,000 fl. einstellen.

Welche Geschäfte solche zweijährige Inventarisationsperioden wählen dürfen, ist nicht näher bestimmt; es ergibt dieß die Beschaffenheit des Gewerbes und die dem Kaufmanne ohnehin im Allgemeinen obliegende Pflicht gewissenhafter Geschäftsführung. Auch darf die Unterlassung einer Verzeichnung immer nur auf das Waarenlager beschränkt werden, da die übrigen zur richtigen Bilanzirung nöthigen Posten unter allen Umständen ohne große Mühe und Zeitaufwand neu aufgestellt werden können und ein allgemeines Zurückgreifen auf das Inventar des Vorjahres offenbar das Gebot jährlicher Bilanz illusorisch machen würde[4]).

4) Da nach Art. 5 des a. d. HGB. alle für den Kaufmann gegebenen Vorschriften auch für Handelsgesellschaften gelten, so versteht es sich von selbst, daß auch die offenen, die Kommandit- und Aktiengesellschaften (soferne sie Handelsgesellschaften sind) die Pflicht ordentlicher Buchführung haben und gehalten sind, beim Beginne des Geschäftes und dann alle Jahre zu inventarisiren und die Bilanz zu ziehen. Es hätte daher an sich des dritten Absatzes dieses Art. 29 nicht bedurft. Wenn derselbe demohngeachtet in dritter Lesung[5]) „als Konsequenz der über das Gesellschaftsvermögen gefaßten Beschlüsse“ aufgenommen wurde, so muß demselben eine andere Bedeutung beigelegt werden, und diese ergibt sich aus folgender Erwägung:

---

[4]) Die Zusammenstellung der Immobiliarwerthe, der Ausstände und Schulden bietet auch keinerlei erhebliche Schwierigkeit, wenn überhaupt die Bücher in Ordnung sind.

[5]) Prot. S. 1527.

Die Bestimmungen der Art. 119 ff. lassen das Vermögen der Handelsgesellschaft als ein von dem Vermögen der Gesellschafter verschiedenes Rechtsobjekt erkennen; bei Aktiengesellschaften ergibt sich die Getrenntheit des Vermögens des Aktienunternehmers von dem Vermögen der Aktionäre ohnehin aus der Natur der Sache. Daraus folgt, daß die Inventarisation und Bilanzirung, soll anders ein richtiges Resultat gewonnen werden, sich nur auf das Gesellschaftsvermögen beschränken kann. Die Gesellschaft ist überschuldet, wenn die Passiva des Gesellschaftsvermögens dessen Aktiva übersteigen, mögen daneben die Gesellschafter noch so reich sein [6]).

Dieses Getrennthalten der Vermögensbestandtheile, die Beschränkung der Inventarserrichtung auf das Gesellschaftsvermögen ist es, was die obige Gesetzesbestimmung einschärft.

Wichtig wird dieselbe besonders im Falle der Auflösung einer offenen Gesellschaft oder des Ausscheidens eines Gesellschafters; denn hier vertritt das Schlußinventar mit Bilanz die Rechnungsstellung zur Ermittelung des Antheiles jedes Gesellschafters. Bei richtiger Buchführung ergibt sich dieß sofort durch den Saldo des für jeden einzelnen Gesellschafter anzulegenden Kapitalkonto's.

Im Uebrigen unterscheidet sich die Errichtung des Inventars und die Bilanzirung bei Gesellschaften nicht von den allgemein kaufmännischen.

5) Die Unterzeichnung des Inventars und der Bilanz durch den Kaufmann ist nicht eine leere Förmlichkeit; dieselbe enthält vielmehr die Anerkennung des Resultates der Aufstellungen und gibt deshalb einen sicheren Anhaltspunkt, von welchem aus bei der Beurtheilung und Auseinandersetzung späterer Geschäftsvorgänge ausgegangen werden kann [7]). Dieß wird besonders in Gesellschaftsverhältnissen von praktischer Bedeutung, weshalb das Gesetz dieß besonders hervorhebt. Die Motive zum Preuß. E. [8]) bezeichnen es als einen Hauptvortheil der gegebenen Vorschrift, daß dadurch in vielen Fällen künftigen Streitigkeiten vorgebeugt werde, und daß jeder Gesellschafter die Verpflichtung habe, den Stand der Dinge alljährlich

---

[6]) Daß bei einer offenen Gesellschaft die Kreditoren gleichwohl keinen Schaden leiden, weil sie sich an das Privatvermögen halten können, ändert an dem Wesen der Sache Nichts.

[7]) Ein Erk. des Dresdner OAG. (bei Busch Archiv Bd. III S. 385 u. Goldschmidt Bd. VIII S. 555) führt aus, daß die Anerkennung des Inventars noch nicht die Anerkennung der Bilanz, das heißt der Art, wie darin Verlust und Gewinn berechnet sei, in sich schließe.

[8]) S. 21.

festzustellen. Hieraus ergibt sich, daß eine Klage der Mitgesellschafter gegen denjenigen Gesellschafter zugelassen werden muß, welcher die Unterzeichnung verweigert [9]). Denn die mit letzterer verbundene Anerkennung des Inventars und der Bilanz ist, so lange die Gesellschaft fortbesteht, in der Regel das Einzige, was zur Ordnung der gegenseitigen Ansprüche und Gegenansprüche geschehen kann; weil der Anspruch eines Gesellschafters regelmäßig nur auf Gutschreibung des ihm Gebührenden im Inventare, beziehungsweise in seinem Kapitalkonto, und auf Belastung der Mittheilhaber für deren Schuldantheile [10]) gerichtet ist. Hiemit ist natürlich nicht gesagt, daß der Gesellschafter jedes von dem geschäftsführenden Socius aufgestellte Inventar und jede ihm vorgelegte Bilanz unterzeichnen müsse; vielmehr kann ihm nur die Anerkennung des richtigen Inventars zugemuthet werden. Allein er darf nicht lediglich sich negativ verhalten, er muß eine bestimmte Erklärung darüber abgeben, was er als unrichtig ansehe und weshalb er die Aufstellung anfechte, er muß eine Gegenrechnung aufstellen. In diesem Falle sind dann, wenn eine Vereinigung der Gesellschafter auf gütlichem Wege nicht stattfindet, im Rechnungsprozesse die Differenzen auszutragen, und Inventar und Bilanz für die Parteien bindend richterlich festzustellen.

Hierbei hat weder der Eine die Richtigkeit, noch der Andere die Unrichtigkeit der Rechnung im Ganzen zu beweisen, sondern der Rechnungssteller hat die Existenz und Statthaftigkeit der von ihm gemachten Ansätze zu beweisen, der Gegner aber die ihm angeblich bisher nicht verrechneten Gutschriften und die nach seiner Behauptung vom Rechnungssteller unrichtig eingesetzten Belastungen darzulegen.

6) Man pflegte früher die Inventuren und Bilanzen in ein eigenes Bilanzbuch einzuschreiben; allgemein üblich ist dieß nicht mehr und die Aufstellung der Inventare in gesonderten Konvoluten wird besonders dann nothwendig oder zweckmäßig, wenn es sich um Gesellschafter handelt, welche an verschiedenen Orten wohnen, um denselben die Aufstellung leichter zusenden zu können. Das Gesetz überläßt es daher dem freien Ermessen des Einzelnen, welche Art er wählen will; nur muß unter allen Umständen für sorgfältige Aufbewahrung Sorge getragen werden.

---

[9]) Vgl. das Erk. des Handelsapp.-Ger. in Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 91, auch bei Busch Archiv Bd. VII S. 349.

[10]) Würden die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches besser eingehalten, so würde es nicht leicht zu so schwierigen und auf Jahre hinaus sich erstreckenden Streitigkeiten der Gesellschafter über Rechnungsstellung u. dgl. kommen.

7) Bei der Aufstellung des Inventares sind sämmtliche Werthe und Gegenwerthe zum Behufe der schließlichen gegenseitigen Abwägung aufzuführen. Es sind demnach die einzelnen Vermögensbestandtheile nicht nur als solche zu verzeichnen[11]), sondern auch in Geld anzuschlagen.

Bei dem kaufmännischen Betriebe kommen aber die Objekte immer nur nach dem allgemeinen Verkehrswerthe in Betracht; es sind daher, wenn eine richtige Bilanz gezogen werden soll, die Vermögensbestandtheile so anzuschlagen, wie dieselben zu der gegebenen Zeit sofort zu Geld gemacht werden könnten.

Demnach sind Immobilien in das Inventar nach dem Preise einzusetzen, welcher aus denselben gegenwärtig bei einem Verkaufe aus freier Hand[12]) wahrscheinlich zu erzielen sein würde[13]).

Mobiliar, Geräthschaften, Maschinen u. dgl. sind nach ihrem gebrauchten Zustande zu schätzen, indem jährlich von dem Anschaffungspreise gewisse Prozente als Abnützung abgeschrieben werden[14]).

Die Waarenvorräthe werden nach dem Einkaufspreise — nicht nach dem noch nicht erlösten, daher noch ungewissen Verkaufspreise — angeschlagen, dabei ist die Werthsminderung durch Verderb[15]), längeres Lagern, Veralten, auch durch Sinken des Preises in Folge der Konjunkturen

---

[11]) Allerdings kann das Inventar auch nur die Summen der einzelnen Konti aufführen, deutlicher aber ist immerhin die Spezialverzeichnung.

[12]) Man muß nicht gerade den Maßstab eines Nothverkaufes anlegen, aber man darf auch nicht ansetzen, was etwa ein Liebhaber wegen der Lage, der Bauart u. s. w. zahlen würde.

[13]) Hier wird man übrigens dem Kaufmanne nicht verargen können, wenn er z. B. sein Haus, soferne er es in gutem Stande erhalten hat, zu dem Uebernahms- oder Ankaufspreise fortbucht, auch wenn etwa momentan der Häuserwerth etwas gesunken oder gestiegen sein sollte. Der Pr. E. hatte übrigens in Art. 31 auch bei Gebäuden die Abschreibung eines jährlichen Verlustes am Werthe durch Abnützung vorgeschrieben. Ueblich ist ein solches Abschreiben allerdings bei Fabrikgebäuden u. dgl., nicht aber bei Wohnhäusern und gewöhnlichen Geschäftshäusern.

[14]) Bei Maschinen ist besonders auf deren rasche Veraltung durch neue Erfindungen Rücksicht zu nehmen; hier ist mitunter ein hoher Prozentsatz zum Behufe der Abschreibung nothwendig; derselbe kann unter Umständen bis zu 10% des Werthes steigen müssen.

[15]) Der Pr. E. hatte in Art. 31 eine Fassung gewählt, welche nur diese Art von Werthsminderung berührte, deshalb wurde bei der Berathung der allgemeinere Ausdruck gewählt.

abzusetzen, wogegen unter Umständen auch auf ein erhebliches Steigen der Einkaufspreise Bedacht genommen werden kann. Dies ist in den Prot. (S. 47) als zulässig erklärt; der vorsichtige Kaufmann wird jedoch hievon um so seltener Gebrauch machen, als die wirkliche Werthserhöhung seinerzeit durch den Verkaufserlös immer als reeller Gewinn erscheinen muß, die Steigerung im Inventare aber stets fingirter Gewinn bleibt. Bei Theilungen u. s. w. kann allerdings diese antizipirte Gewinngutschreibung nothwendig werden. Wenn die Gesellschaft A et B 1000 Zentner Baumwolle, vor Ausbruch des amerikanischen Krieges zu 60 fl. gekauft, auf Lager hatte und B scheidet während des Krieges zu einer Zeit aus, wo der Preis der Baumwolle 200 fl. à Zentner beträgt, so würde er natürlich verkürzt werden, wenn der Gewinn von 140 fl. per Zentner nicht durch Steigerung des Ansatzes im Inventare berücksichtigt würde.

Bei den Forderungen sind die Passiven (d. h. die Kreditoren) stets im vollen Betrage einzustellen, denn die letzteren beanspruchen natürlich den vollen Betrag ihres Guthabens, der ihnen auch ohne den Eintritt besonderer Verhältnisse regelmäßig bezahlt werden muß.

Die Aktivforderungen dagegen (die Debitoren) können, wie jeder andere Vermögensbestandtheil, nur nach dem wirklichen Werthe vorgetragen werden. Man darf auch hier nur dasjenige als Maßstab annehmen, was bei einer Cession der Forderung für dieselbe gelöst werden könnte [16]); dies kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn gegen die Solvenz des Schuldners schon ein Bedenken vorliegt, sonst ist einfach der geschuldete Betrag aufzuführen.

Forderungen, für welche Niemand mehr Etwas gibt, sind überhaupt keine reellen Vermögensbestandtheile; sie gehören daher nicht in das Inventar, sondern sind aus demselben wegzulassen, das heißt abzuschreiben [17]).

Man kann solches schon in den Büchern thun, oder aber im Inventare die Richtigstellung dadurch herbeiführen, daß man zwar die Posten als Aktiva aufführt, aber unter den Passiven die gleiche Summe (oder den muthmaßlichen Verlust) als Ausfall aufzählt.

Man kann endlich auch zur Vereinigung das Konto für den Ausstand

---

[16]) Wie in den Prot. S. 47 bemerkt wurde, bestehen an manchen Orten besondere Gebräuche über Berechnung zweifelhafter Forderungen.

[17]) Hiegegen wurde bei den Berathungen vorgebracht, daß nicht selten bereits verloren gegangene Forderungen nach einer langen Reihe von Jahren noch eingingen (Prot. S. 934); allein in diesem Falle stellen sich dieselben gleichsam als „gefunden", als Gewinn dar.

per „dubiose Debitores" erkennen, dadurch dasselbe saldiren und ein eigenes Konto für die zweifelhaften Posten führen, das hinwiederum für den Betrag als Schuldner des Kapitalkonto oder des Bilanzkonto erkannt wird.

Art. 32.

Bei der Führung der Handelsbücher und bei den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen muß sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen bedienen.

Die Bücher müssen gebunden und jedes von ihnen muß Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein.

An Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiß ist, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.

Pr. E. Art. 32. I. E. Art. 33. II. E. Art. 31. Prot. S. 48, 934.

1) Kaufmännische Bücher haben nur dann die ihnen vom Gesetze zuerkannte Beweiskraft, wenn sie für Jedermann verständlich sind und wenn deren Inhalt dem Gegenkontrahenten und dem Gerichte sofort Aufklärung über die geschäftlichen Vorgänge gibt. Daraus folgt, daß die Sprache, in welcher die Bücher geführt werden, eine allgemein verständliche und daß, da die Bücher schriftliche Urkunden sind, auch die Schrift eine allgemein lesbare sein muß.

Was die Sprache betrifft, in welcher die kaufmännischen Urkunden abgefaßt werden sollen, so hat das Handelsgesetzbuch sich darauf beschränkt, die todten Sprachen auszuschließen, unter welchen hervorzuheben ist die hebräische[1]). Es ist aber unter lebender Sprache im Sinne des Gesetzbuches nicht eine jede Sprache zu verstehen, welche zur Zeit in irgend einem Lande der Erde oder in irgend einer Klasse der menschlichen Gesellschaft gesprochen wird, sondern nur eine solche Sprache, deren man sich in der Kaufmannswelt des Landes, in welchem die Bücher oder die Korrespondenz geführt werden, nicht zur Verdeckung der Beurkundung bedienen kann[2]).

---

[1]) Prot. S. 48.

[2]) Die übrigen Definitionen, welche man versucht hat und welche wissenschaftlich

Würde also Jemand seine Bücher in hindostanischer Sprache führen, so würden solche Bücher so wenig ordnungsgemäß geführte sein[3]), (obwohl in Indien das Hindostanische zu den lebenden Sprachen gehört,) als wenn ein Kaufmann im Cochemer Loschem buchen wollte, (obgleich diese Sprache in gewissen Schichten der Bevölkerung die Umgangssprache bildet)[4]).

Wenn es sich dagegen um die Beweiskraft einer nach Indien geführten Korrespondenz handeln würde, so könnten eventuell auch die hindostanisch geschriebenen Briefe auf die Vortheile des Handelsgesetzbuches Anspruch machen.

Was die Schrift betrifft, so gilt von derselben das Gleiche. Bücher eines deutschen Kaufmannes in griechischen Lettern würden (obwohl die neugriechische Sprache eine lebende ist), ebensowenig zulässig erscheinen, als die Anwendung der sog. Rabbinerschrift[5]).

Auch stenographische Aufzeichnungen haben keine gesetzliche Geltung; Notizen über abgesandte Briefe, zu welchen sich eines allgemein bekannten stenographischen Systemes bedient wird, können jedoch unter Umständen allerdings als Beweismittel benutzt werden.

2) Das Gebundensein der Bücher hat den Zweck, das Einfügen oder Herausnehmen von Blättern zu verhüten; daher ist förmliches buchbinderisches Zusammenheften, nicht aber z. B. jene Art des Bindens vorgeschrieben, welche bei den Akten oder der Korrespondenz üblich ist.

Eine amtliche Beglaubigung der Blätterzahl hat das Handelsgesetzbuch nicht angeordnet[6]), dagegen ist die fortlaufende Zählung der Blätter vorge-

---

gerechtfertigt sind, können hier nicht wohl zu Grunde gelegt werden. An sich ist das Merkmal des Lebens einer Sprache allerdings „in der fortschreitenden Aus- und Umbildung derselben durch den Gebrauch" zu sehen, und in gewöhnlicher Sprachweise nennt man lebende Sprachen diejenigen, „welche von den Völkern der Gegenwart in ihrer territorialen Vereinigung als wirkliche Völkerschaften gesprochen werden."

[3]) Aus den Prot. S. 48, worin der türkischen Sprache erwähnt und dabei ausgesprochen wurde, es solle die Ansiedlung von Kaufleuten fremder Nationalität nicht erschwert werden, ließe sich vielleicht eine weiter gehende Interpretation vertheidigen.

[4]) Man hat versucht, die sogenannte „jüdische Sprache", welche mit dem sog. Cochemer Loschem zusammenfließt, als eine in Art. 32 nicht ausgeschlossene darzustellen, allein offenbar mit Unrecht. Vgl. Centralorgan v. 1863 S. 41.

[5]) Verzogene hebräische Kursivbuchstaben, mit welchen aber nicht die hebräische Sprache, sondern die Landessprache geschrieben wird.

[6]) Wie dies nach Art. 10 des Cod. de commerce für alle Handelsbücher, und

schrieben. Diese geschieht bei den zur Klasse der Tagebücher gehörigen Büchern (Memorial, Journal u. s. w.) nach der Seitenzahl; dagegen werden bei den Kontobüchern die linke Seite des einen und die rechte Seite des anderen Blattes mit der gleichen Ziffer bezeichnet, also erhält das erste Blatt auf der ersten Seite keine Nummer, dagegen auf der zweiten die Ziffer 1; die erste Seite des zweiten Blattes ebenfalls die Ziffer 1; die zweite die Ziffer 2 u. s. w. Vgl. oben S. 227 Note 46.

3) Die im Abs. 3 gegebenen Anordnungen haben sämmtlich den Zweck, die Sicherheit der Einträge zu wahren; sie müssen demnach alle von diesem Gesichtspunkte aus interpretirt werden.

So ist es zulässig, im Briefkopirbuche, falls es mit der Maschine geführt wird, die Rückseiten leer zu lassen, da beim Abklatschen der Briefe nur eine Seite benutzt werden kann[7]); in den Büchern ist es zulässig, die Debet- und Kreditseite durch einen durchgehenden Strich abzugleichen, und da, wo weniger Posten sind, einen leeren Raum zu lassen[8]).

Das Durchstreichen an sich ist im Gesetze nicht verboten, nur das Unleserlichmachen mittelst Durchstreichung, eine andere Frage aber ist, ob dieses Durchstrichensein eine rechtliche Bedeutung hat.

Es hängt dies mit der Bedeutung der kaufmännischen Buchführung als Beurkundung der im Geschäfte sich ereignenden Thatsachen zusammen, und da nun eine solche Beurkundung eben deshalb ihren eigenthümlichen Werth hat, weil sie ein unverdächtiges Zeugniß über ein Ereigniß bildet, so ergibt sich, daß der Buchführende oder ein Dritter durch nachträgliches Durchstreichen dieses Zeugniß an sich nicht beseitigen kann[9]).

Insofern aber der Bucheintrag nicht blos als Zeugniß für den thatsächlichen Vorgang, sondern häufig auch als Konstatirung des Verpflichtungs-

---

nach Art. 71 des a. d. HG. wenigstens für die Tagebücher der Mäkler vorgeschrieben ist.

[7]) Daraus folgt, daß ein auf derartigen regelmäßig leer bleibenden Blättern stehender Abklatsch verdächtig sein würde. Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift I. Band, S. 219, 220.

[8]) Allerdings pflegt man diesen mit einem Querstriche zu durchziehen.

[9]) Z. B. man ist berechtigt zu folgern: die Absendung der Faktura ist am 1. Januar geschehen, weil dies in einer Reihe von anderen wirklich vorgekommenen Absendungen am gehörigen Orte gebucht ist und deshalb der Eintrag Zeugniß dafür ablegt, daß die Thatsache sich in Wahrheit verhält. Diese Folgerung wird nicht dadurch alterirt, daß der Eintrag nachher durchstrichen wird. — Unter Umständen wird aber das Durchstrichensein als Vermuthung eines vom Anfange an irrthümlichen Zeugnisses gelten können.

willens wirkt, enthält die Durchstreichung eine Vermuthung für nachträgliche Aenderung dieses Willens [10]).

Die Durchstreichung kann aber endlich unter Umständen irgend eine Erledigung des Geschäftes, eine Tilgung der vorgetragenen Schuld bedeuten, weshalb auch hier Alles auf die konkreten Umstände ankommen wird [11]).

4) Radirt.

Jede Entfernung von Buchstaben oder Worten mittelst des Messers, des Gummi oder auf chemischem Wege ist verboten. Eine derartige Manipulation wird auch dadurch nicht erlaubt, daß dieselbe in der Absicht, die Bücher rein zu erhalten, vorgenommen wird. Radirungen an regelmäßig unbeschriebenen Stellen, wenn dadurch nichts Geschriebenes entfernt wurde, ist unschädlich.

5) Veränderungen.

Aus dem argumentum a contrario folgt: Veränderungen, bei deren Beschaffenheit es gewiß ist, daß sie erst nachträglich gemacht wurden, dürfen vorgenommen werden. Allein dieser Satz will nur sagen, daß solche Veränderungen (wenn nicht die früheren Einträge durch dieselben unleserlich werden) die Bücher nicht unter allen Umständen beweisunfähig machen [12]); diese Nachträge selbst aber haben auf Beweiskraft keinen Anspruch [13]).

6) Zuwiderhandlungen gegen den Art. 32 [14]) bewirken vor Allem unter Umständen die Minderung der Glaubwürdigkeit des Buches überhaupt. Ein Buch, in welchem einzelne Blätter nicht paginirt sind, wird in seiner Beweiskraft auch hinsichtlich der auf paginirten Blättern stehenden Einträge geschwächt; ebenso sind Bücher, in welchen Radirungen oder Unleserlichkeiten sich finden, nicht blos hinsichtlich der desfallsigen Stellen, sondern überhaupt

---

10) Wenn z. B. in einer Bestellnote ein Posten ausgestrichen ist, so darf wohl angenommen werden, derselbe sei anfänglich bestellt gewesen, nachher aber sei dieses rückgängig gemacht worden. Vgl. das Erk. des k. Handelsappellations-Gerichtes zu Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 256.

11) Solches kommt in Bestellbüchern, nach Effektuirung der Bestellung, in Brouillons nach geschehenem Uebertrage u. s. w. vor.

12) Dadurch, daß z. B. ein Kaufmann in seinem Briefkopirbuche auf der leeren Seite das Datum eintragen läßt, wann auf den kopirten Brief die Antwort einkam, wird das Briefkopirbuch nicht zu einem ordnungswidrigen.

13) Vgl. hierüber die Erörterungen zu Art. 34.

14) Auch gegen die Vorschrift des Absatzes 1; ein Kaufmann z. B., der hebräische Bücher führt, führt eben gesetzlich keine, und wird daher im Bankerottfalle demgemäß behandelt werden müssen.

als inkorrekt zu erachten, wobei jedoch das richterliche Ermessen stets vorbehalten bleibt.

Eine weitere Folge solcher unregelmäßigen Buchführung kann unter Umständen strafrechtliches Einschreiten sein [15]).

Art. 33.

Die Kaufleute sind verpflichtet, ihre Handelsbücher während zehn Jahren, von dem Tage der in dieselben geschehenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren.

Dasselbe gilt in Ansehung der empfangenen Handelsbriefe, sowie in Ansehung der Inventare und Bilanzen.

Pr. E. Art. 33. I. E. Art. 35. II. E. Art. 32. Prot. S. 49, 936.

Die Pflicht der ordnungsmäßigen Buchführung bringt es mit sich, daß es nicht in das Belieben der Kaufleute gestellt werden kann, ob und wie lange sie ihre Bücher aufbewahren wollen. Sämmtliche neuere Handelsgesetzgebungen haben demnach die Kaufleute für verbunden erklärt, ihre Bücher während einer bestimmten Zeit aufzubewahren [1]).

Die zehn Jahre, welche das a. d. HGB. als Aufbewahrungszeit festsetzt, laufen von der Zeit der letzten Eintragung an [2]) und beginnen daher von Neuem, wenn in ein bereits geschlossenes Buch nachträglich eine Einschreibung, welcher Art sie auch sei, erfolgt. Hiebei ist es einerlei, ob während dieser Zeit das Handelsgeschäft fortgeführt wird oder sich auflöst [3]). Was von den Büchern gilt, muß auch von den empfangenen Handelsbriefen, den Inventaren und Bilanzen gelten, da alle diese Schriftstücke einen Theil der gesammten Buchführung ausmachen, und dasselbe gilt auch von den zurückbehaltenen Abschriften der abgesandten Handelsbriefe. Der auf

---

[15]) Nach dem bayer. Strafg. Art. 328 Nr. 1, wenn die Unordnung bewirkt, daß der Aktiv- und Passivstand nicht mehr genau zu erkennen ist.

[1]) Code de Commerce Art. 11 zehn Jahre; Holländisches Ges. Art. 9 dreißig Jahre; Spanisches Ges. Art. 55 bis zum Schlusse und zur Liquidation des Handelsgeschäftes.

[2]) Ueber den Fall, wenn der letzte Eintrag nicht zu ermitteln ist, vgl. unten zu Art. 37.

[3]) Z. B. das Hauptbuch I. der Firma X. wurde am 31. Dezember 1862 geschlossen; am 1. Juli 1870 löst sich die Firma auf und liquidirt, das Hauptbuch muß bis 31. Dezember 1872 aufbewahrt werden; wurde aber etwa am 1. April 1863 eine erfolgte Zahlung nachträglich vorgemerkt, so verlängert sich die Aufbewahrungsfrist bis 1. April 1873.

letztere bezügliche Passus des Preuß. Entwurfes fehlt zwar im Handelsgesetzbuche; allein offenbar nur deshalb, weil diese Abschriften nach Art. 28 sich in einem Buche oder diesem gleich zu achtenden Konvolute befinden müssen, daher deren spezielle Erwähnung nicht mehr nöthig war [4]).

Der I. Entwurf hatte die Bestimmung aufgenommen, daß die Aufbewahrungspflicht sich auch auf die Belege (Fakturen, Wechsel u. s. w.) zu erstrecken habe. In zweiter Lesung wurde aber hiergegen bemerkt, daß in dieser Vorschrift eine große Belästigung der Kaufleute liegen würde, auch von „Belegen" der Handelsbücher im Grunde gar nicht gesprochen werden könne, weshalb denn auch die Worte wieder gestrichen wurden.

Was die Folgen der Zuwiderhandlung gegen diesen Artikel betrifft, so scheint es die Absicht des Gesetzes zu sein, als solle ein Kaufmann, welcher vor Ablauf der zehn Jahre seine Bücher oder Briefe vernichtet, nicht so angesehen werden, als habe er überhaupt keine Bücher geführt [5]); vielmehr kann er unter Umständen als ein solcher behandelt werden, welcher die Vorlage seiner Bücher verweigert, und können ihn daher alsdann die Nachtheile des Art. 37 treffen [6]).

Hat er jedoch die Bücher erst nach Ablauf der zehn Jahre vernichtet, so kann ihm aus dem Nichtvorhandensein derselben in keiner Weise ein rechtlicher Nachtheil erwachsen; er hat eben, der Natur der Sache nach, nur die ihm in den Büchern zustehenden Beweismittel verloren.

Die fraglichen zehn Jahre sind aber nicht etwa als eine Art Verjährungszeit aufzufassen, so daß (wie solches im Preuß. LR. Th. II Tit. VIII §. 595 ff. bestimmt war) nach Ablauf jener Frist die Beweiskraft eines Buches erloschen wäre; so lange der Kaufmann sein Buch aufbewahrt, so lange kann er sich dessen bedienen; denn, wie die Motive zum Preuß. Entwurfe mit Recht bemerken, „ein Beweismittel ist überhaupt nicht, oder für alle Zeit glaubwürdig; es erscheint als ein Widerspruch, wenn man die Beweiskraft einer Verjährung unterwirft."

Sind jedoch die Forderungen, über welche das Buch Beweis machen soll, verjährt, dann natürlich hat auch das Buch selbst keine weitere Bedeutung mehr.

Wo die Bücher aufzubewahren sind, hat das a. d. HG. nicht festge-

---

[4]) Der I. E. enthielt die Worte noch: „und der zurückbehaltenen Abschriften der abgesandten Handelsbriefe"; bei der zweiten Lesung wurden dieselben nicht beanstandet, sondern es wurde sogar beschlossen (Prot. S. 936), auszudrücken, daß dasselbe, was von den Abschriften gesagt worden, auch von den Abdrücken gelten solle. Vgl. Busch im Archiv Bd. I S. 6.

[5]) Wie die Motive zum Pr. E. S. 23 annahmen.

[6]) Das Nähere hierüber s. unten zu Art. 37.

setzt; nur hinsichtlich der Bücher einer offenen Handelsgesellschaft, welche liquidirt hat, und über diejenigen einer aufgelösten Aktiengesellschaft haben die Art. 145 und 246 bestimmt, daß das Handelsgericht den Aufbewahrungsort zu bestimmen habe [7]).

Art. 34.

Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher liefern bei Streitigkeiten über Handelssachen unter Kaufleuten in der Regel einen unvollständigen Beweis, welcher durch den Eid oder durch andere Beweismittel ergänzt werden kann.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte der Bücher ein größeres oder geringeres Maaß der Beweiskraft beizulegen, ob in dem Falle, wo die Handelsbücher der streitenden Theile nicht übereinstimmen, von diesem Beweismittel ganz abzusehen, oder ob den Büchern des einen Theils eine überwiegende Glaubwürdigkeit beizumessen sei.

Ob und inwiefern die Handelsbücher gegen Nichtkaufleute Beweiskraft haben, ist nach den Landesgesetzen zu beurtheilen.

Pr. E. Art 34 u. 35. I. E. Art. 36. II. E. Art. 33. Prot. S. 49 ff., 936 ff.

Art. 35.

Handelsbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach der Lage der Sache geeignet erscheint.

Pr. E. Art. 36. I. E. Art. 37. II. E. Art. 34.

1) Ordnungsmäßig.

Zweierlei gehört zu einem ordnungsmäßig geführten Handelsbuche; es muß den formalen Erfordernissen des Gesetzes genügen, und es muß ein Buch sein, welches nach den Regeln der Handlungswissenschaft

---

7) Ein Erkenntniß des Stadtg. zu Frankfurt in Busch Archiv Bd. V S. 462 spricht bei Trennung einer Gesellschaft die Bücher demjenigen zu, der das Geschäft fortsetzt.

über die Thatsachen, für welche es als Beweismittel benützt werden soll, Aufschluß zu ertheilen hat [1]).

In ersterer Hinsicht hat das Gesetz in Art. 32 und 30 [2]) die zu beobachtenden Vorschriften aufgestellt; ein Handelsbuch, welches nicht in einer lebenden Sprache oder mit unverständlichen Schriftzeichen geführt wird, ein Buch, in welchem die Blätter nicht fest gebunden sind, in welchem sich leere Zwischenräume, unleserlich gemachte Stellen, Rasuren, ungehörige Korrekturen finden, ist formell unregelmäßig und ordnungswidrig geführt. Wenn aber auch alle diese Fehler vermieden sind, das Buch ist aber in einer Weise geführt, daß es den Voraussetzungen nicht entspricht, welche an ein Handelsbuch überhaupt, und an das spezielle Handelsbuch, an das Hauptbuch, Journal, Kassabuch u. s. w. nach der Lehre von der Buchführung insbesondere zu stellen sind [3]), so ist dasselbe materiell ordnungswidrig geführt und kann auf die erhöhte Glaubwürdigkeit keinen Anspruch machen [4]).

---

[1]) Deshalb zählt das Berliner Obertribunal die Vorschriften über die Beweiskraft kaufmännischer Bücher nicht zum Prozeß-, sondern zum materiellen Rechte, und schließt die Anwendung des Art. 34 auf Handelsgeschäfte, die vor der Promulgation des Handelsgesetzbuches geschlossen wurden, auch dann aus, wenn der Prozeß erst später anhängig wurde. Erk. d. Obertrib. v. 7. Juni 1864 in Busch Archiv Bd. III S. 446 V. S. 247. Ueber die Frage, welches örtliche Recht zur Anwendung zu kommen habe, vgl. Keyßner in Busch Archiv Bd. II S. 318 u. 319 und das Erk. des Obertribunals in Busch Archiv Bd. IV S. 313.

[2]) In Bezug auf Unterzeichnung der Inventare und Bilanzen, so daß ein Inventarien- oder Bilanzbuch, in welchem Unterschriften fehlen, als ein nicht ordnungsgemäß geführtes erscheint. Ueber den Fall, wenn ein Gesellschaftsinventar zwar von einigen, nicht aber von allen Gesellschaftern unterzeichnet ist, s. oben S. 239 und die Erläuterungen zu Art. 91.

[3]) Z. B. wenn die erhaltenen Lieferungen nicht sofort beim Eingange, sondern erst am Monatsschlusse beim Eingange der Rechnung gebucht werden, so sind die so geführten Bücher zur Beweisführung nicht qualifizirt, denn bei dieser Verfahrungsweise besteht keine Garantie, daß nicht bis zum Monatsschluß irgend ein Posten vergessen wird. Erk. des Berliner StdtG. in Busch Archiv Bd. II S. 164.

[4]) Wenn z. B. erst lange nach dem Vorgange ein Konto eröffnet und darauf die bisherigen Geschäftsbeziehungen nachgetragen worden sind, so ist dieses ganz werthlos. Vgl. das Lübecker Erk. in Seuffert's Archiv Bd. VII S. 152.

2) Handelsbücher.

Das französische Recht und diesem nachfolgend die meisten neueren Gesetzgebungen und Entwürfe haben bestimmte Bücher aufgeführt, welchen allein das Privilegium des Beweises zukommen solle, und auch die Praxis hatte sich ehedem vielfach mit Feststellung dieser Frage befaßt [5]). Dem entgegen wird im Handelsgesetzbuche, wie oben des Näheren ausgeführt ist, von der Erwägung ausgegangen, daß die Art der Buchführung wesentlich mit der Art und dem Umfange des kaufmännischen Geschäftes zusammenhänge, und daß es unthunlich erscheine, die hierin auftretenden mannigfachen Verschiedenheiten in erschöpfender und praktischer Weise gesetzlich zu normiren [6]). Demgemäß nimmt das Gesetzbuch von jeder Aufzählung derjenigen Bücher, welchen die Beweiskraft zugesprochen werden soll, Umgang, und es müssen an sich alle von einem Kaufmanne zur Evidenthaltung seines Geschäftes geführten und den Regeln der Handlungswissenschaft entsprechenden Bücher als unter den Art. 34 fallend erachtet werden [7]).

Um zwei besonders bestrittene Punkte hervorzuheben, so unterliegt es keinem Zweifel, daß das Journal allein, wie auch das Hauptbuch allein, zur Anwendung des Artikels genügt [8]). Denn wenn auch letzteres eigentlich nur das Resultat der übrigen Bücher enthält und daher im Grunde auf diesen ruht, so ist doch schon der Umstand, daß eine Thatsache in diesem Buche steht, ein erhebliches Moment, um, die sonstige ordnungsgemäße Führung des Buches vorausgesetzt, anzunehmen, daß die Thatsachen sich in Richtigkeit verhalten.

Ebenso sind auch die sog. Strazzen (Kladden, Primanoten [9]), wie die von den Handlungsreisenden geführten Notizbücher zu den in Art. 34 bezeichneten Büchern zu zählen [10]).

---

[5]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XI S. 194. Kletke, Präjudizien Nr. 36, 37, 44, 1153, 1171, 1172.

[6]) Vgl. Motive zum Pr. E. S. 20.

[7]) Sollte z. B. ein Kaufmann außer den in §. 4 der Einleitung näher besprochenen allgemein üblichen Büchern irgend welche von ihm selbst erfundene führen, so werden auch diese, soferne sie entsprechend geführt sind, nach dem Art. 34 beurtheilt werden müssen.

[8]) Ein Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 1852 (Kletke a. a. O. Nr. 36) verlangte, daß immer das Hauptbuch mit vorgelegt werden müsse.

[9]) Ein Erk. des oberst. Gerichtshofes in Bayern (Bl. f. RA. Bd. IX S. 62) hat dieses sogar für das frühere Recht angenommen.

[10]) Ein Erk. in Busch Archiv Bd. VII S. 417 nimmt an, daß durch ein Beibuch, in welchem der Fabrikherr den Spinner, (der solches in Händen hatte

Hiermit ist jedoch nicht gesagt, daß diese Bücher auch den regelmäßigen, den Handelsbüchern beigelegten Beweis liefern müssen. Denn was die letztgenannten Bücher betrifft, so wird gewöhnlich die formale Ordnungsmäßigkeit mangeln [11]); allein auch einem ordnungsmäßigen Buche, welches aber, wie man im kaufmännischen Leben sagt, in der Luft steht, dessen Grundlage nicht mitvorgelegt ist, wird der Richter nicht jenen vollen Glauben beimessen, welchen er solchen Einträgen zu schenken hat, die durch verschiedene Bücher laufen und sich gegenseitig selbst kontroliren.

Hinsichtlich des Briefkopirbuches war die Praxis früher nicht ganz fest [12]), doch hatte die Wissenschaft keinen Zweifel, daß auch diesem Buche dieselbe Bedeutung wie den übrigen beizulegen sei [13]). Bei den Berathungen des Art. 34 wurden verschiedene Vorschläge gemacht, der Kopirbücher speziell zu erwähnen; man ging jedoch auf dieselben nicht ein, weil, wie aus den Verhandlungen S. 45 sich ergibt, das Kopirbuch [14]) ohnehin in dem Ausdrucke Handelsbuch enthalten sei.

Dagegen kann sich die Beweiskraft des Kopirbuches nicht weiter als auf den Inhalt des Buches erstrecken [15]); die Thatsache, daß der kopirte Brief abgesendet und daß er dem Adressaten zugekommen ist, geht aus dem Kopirbuche an sich noch nicht hervor.

---

und jedesmal mitbrachte,) die erhaltene Wolle und die abgelieferten Garne nach Qualität und Quantität einschreiben ließ, schon vom Gesichtspunkte stillschweigenden Einverständnisses aus, Beweis geliefert werde.

[11]) Solche rasch aufgenommene Aufschreibungen pflegen mit Bleistift, voll Durchstreichungen, Korrekturen u. s. w. geschrieben, auch gar nicht paginirt zu sein.

[12]) Vgl. das Erkenntniß in Bl. f. RA. Bd. III S. 397 und das in Seuffert's Archiv Bd. IX S. 141. Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. II S. 364 ff. will den Beweis durch das Kopirbuch mit dem Beweise durch Handelsbücher überhaupt nicht zusammengeworfen wissen.

[13]) Diese Ansicht wurde begründet von Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I S. 209—220.

[14]) Vgl. Prot. S. 57. Hier wurde ein Artikel proponirt folgenden Inhaltes:

„Durch das gesetzmäßig geführte mit den übrigen Büchern nicht im Widerspruche stehende Kopirbuch und den Erfüllungseid kann der widersprochene Inhalt eines Geschäftsbriefes, dessen Behändigung an den bestimmten Empfänger dargethan oder nicht bestritten ist, zu jeder Zeit erwiesen werden, der Brief mag an den Gegner oder an einen Dritten erlassen worden sein". Später (Prot. S. 58 Nr. 3) wurde die Frage nochmals angeregt, aber nicht weiter darüber entschieden.

[15]) Wenn ein Brief besagt: „anliegend schicke ich Ihnen eine 100 fl.-Banknote," so beweist das Kopirbuch, daß dieser Brief geschrieben wurde, aber daß die

Allein dafür, daß ein Brief, welcher ordnungsgemäß kopirt ist, auch ausgefertigt wurde, erbringt das Kopirbuch allerdings Beweis, denn das Vorhandensein einer Kopie setzt das Vorhandensein eines Originales nothwendig voraus. War aber der Brief ausgefertigt, so spricht ferner eine erhebliche Vermuthung dafür, daß er auch abgesendet wurde[16]), denn im Geschäftsleben schreibt man natürlich Briefe nur, um sie abzuschicken und im ordentlich geführten Geschäfte werden die ausgefertigten Briefe auch regelmäßig zur Post u. s. w. befördert.

Kommt nun hiezu, daß der Adressat eine Meldung wegen Nichtempfanges nicht gemacht hat, obwohl er den Eingang des Briefes erwarten mußte, oder daß auf den früheren Brief in einem späteren, wenn auch nur materiell, Bezug genommen wurde u. dgl., so wird wohl vermuthet werden dürfen, daß der abgesendete Brief auch angekommen sei.

Ob hingegen ganz im Allgemeinen der Satz aufgestellt werden könne, daß aus dem Vorhandensein einer Briefkopie allein schon darauf geschlossen werden könne, daß der Brief dem Adressaten auch zugekommen sei, muß zweifelhaft erscheinen. Denn man kann nicht wohl behaupten, daß die Verluste von abgesendeten Briefen und Frachtstücken als eine große Seltenheit, als ein Ereigniß, dessen Eintritt nicht zu erwarten stehe, zu betrachten seien, und daß daher das richtige Eintreffen ohne Weiteres bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen werden müsse. Vielmehr kommt das Nichteintreffen eines abgegangenen Briefes oder Packetes immerhin oft genug vor, und es darf deshalb für die richtige Ankunft aus der Thatsache der Absendung keine Rechtsvermuthung, sondern nur eine mehr oder minder dringende faktische Vermuthung entnommen werden, welche nur durch die oben erwähnten anderweitigen Umstände zur Gewißheit erhoben werden kann.

3) Ordnungsmäßig geführte Handelsbücher.

Das Gesetz bedient sich nicht des Ausdruckes „die Einträge ordnungsgemäßer Bücher" oder eines anderen derartigen Ausdruckes; es wird auch nirgends von einer Ergänzung des Beweises einer eingetragenen Thatsache

---

100 fl.-Banknote beigelegt wurde, kann das Kopirbuch nicht beweisen, denn dieses ist eine außerhalb des Inhaltes des Buches liegende Thatsache. (Vgl. jedoch die folgende Note).

[16]) Vgl. Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I S. 218 (s. auch die Erkenntnisse in Note 12), welcher mit Recht die Vermuthung auch auf die Absendung von Waaren (ebenso auch von Geld) ausdehnt, wenn deren Abgang im Briefe gemeldet wurde. Allein diese Vermuthungen sind nicht Folgen der Beweiskraft des Buches, sondern Vermuthungen auf Grund der durch das Buch bewiesenen Thatsache.

oder dergleichen gesprochen. Daraus ergibt sich, daß nach dem a. d. HGB. die Beweiskraft der Handelsbücher sich weder auf die obligatorische Wirkung des in der Buchung einer Schuld zu findenden Verpflichtungswillens, noch auf die Bedeutung des Bucheintrages als Geständniß stützt, sondern daß das in der kaufmännischen Buchführung sich darbietende Zeugniß über den Gang des Geschäftes allein den Grund der Bestimmung des Art. 34 bildet. Nun ist aber von diesem Gesichtspunkte aus der eine Schluß: „Weil diese oder jene Thatsache ordnungsgemäß nicht in die Bücher hätte eingetragen werden können, wenn sie nicht geschehen wäre, dieselbe sich aber eingetragen findet, so ist anzunehmen, daß sie geschehen sei" nicht zwingender, als der andere Schluß: „Weil diese oder jene Thatsachen ordnungsgemäß in die Bücher hätte eingetragen werden müssen, wenn sie geschehen wäre, dieselbe sich aber nicht eingetragen findet, so ist anzunehmen, daß sie nicht geschehen sei." Und eben deshalb muß das beweiskräftige Zeugniß der Bücher ebenso in seiner negativen wie in seiner positiven Richtung beachtet werden.

Die ordnungsgemäß geführten Bücher liefern Beweis, d. h. dasjenige, was der Buchführung, nach den für sie geltenden Regeln, bei ordnungsgemäßem Verhalten des Kaufmannes nothwendig als thatsächlicher Geschäftsvorgang zur Grundlage dienen muß, wird als richtig vermuthet, und zwar kann dieses ebensowohl als ein Geschehensein wie als ein Nichtgeschehensein sich darstellen. Beispiel: Ein Beklagter behauptet, die ihm übersandte Waare mit Brief vom 16. Dezember 1866 zur Disposition gestellt zu haben; wenn dieses wahr ist, so muß sich in seinem Kopirbuche dieser Brief finden; steht er nicht darin, so darf als (unvollständig) erwiesen angenommen werden, daß derselbe nicht geschrieben worden.

Demnach kann das Handelsbuch als Beweismittel vorgeführt werden, um aus dem Umstande, daß ein vom Gegner behaupteter Geschäftsvorgang nicht eingetragen ist, die Unwahrheit des gegnerischen Vorbringens oder auch die Wahrheit einer Einrede darzuthun [17]).

Beispiel: Ein Kaufmann führt ein Buch, in welchem alle nicht gegen Baar gemachte Geschäfte eingetragen werden; er fordert von einem anderen

---

[17]) Natürlich müssen die Thatsachen solche sein, welche ihrer Beschaffenheit nach auch regelmäßig in den Büchern zum Eintrage gelangen. Ist also ordnungsgemäß ein Geschäft, wie es der Eine behauptet, gar nicht zu buchen, so kann auch der Andere aus dem Nichteintrag keinen Beweis für sich entnehmen. Vgl. das Nürnberger Erkenntniß in der Sammlung Bd. I S. 480 Note.

Bezahlung einer Partie Waaren. Der Beklagte behauptet, dieselben, deren Ankauf er nicht läugnet, sofort baar bezahlt zu haben und beruft sich darauf, daß das Geschäft in dem oben erwähnten Buche des Klägers **nicht** eingetragen sei.

Was nun den Umfang der Beweisfähigkeit belangt, so wird die Ansicht aufgestellt, nur derjenige Inhalt eines Handelsbuches sei für beweisend zu achten, welcher ein streitiges Handelsgeschäft betreffe; der übrige Inhalt solle für den Eintragenden nicht beweisen, auch wenn er in einem über eine Handelssache obschwebenden Rechtsstreite von Wichtigkeit wäre[18]). Allein eine solche Unterscheidung ist im Gesetze nirgends gemacht; alles, was Gegenstand kaufmännischer Buchführung ist[19]), das fällt in den Kreis dessen, über was die Handelsbücher Beweis liefern können. Desgleichen ist die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf solche Geschäftsvorgänge beschränkt, welche zwischen den streitenden Theilen sich ereigneten, sondern auch auf solche Rechtsverhältnisse, die zwischen dem einen Theile und einem Dritten entstanden sind, soferne nur dieselben als Gegenstand kaufmännischer Buchung sich darstellen[20]).

4) Bei Streitigkeiten über Handelssachen.

Obwohl in die Bücher der Kaufleute auch andere Geschäfte als Handelsgeschäfte eingetragen werden, da sie nach Art. 28 eine vollständige Uebersicht über die Vermögenslage des Kaufmannes gewähren sollen, so ist doch ihre Beweisfähigkeit selbst unter Kaufleuten nur auf **Handelssachen**

---

[18]) Man beruft sich hierfür (vgl. v. Hahn S. 93 §. 8) auf die Motive zum Pr. E. S. 24; diese sprechen allerdings nur vom Beweise der Handelsgeschäfte.

[19]) Allerdings wird Manches häufig nicht als Objekt der technischen kaufmännischen Buchführung erscheinen, z. B. die Schätzung der Gegenstände im Inventar u. s. w., doch ist unter Umständen gerade dieses ein wichtiges Beweismoment. Vgl. auch das, jedoch auf früherem Rechte fußende Erk. in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 176, wonach das Vorrecht der Handelsbücher in Schadensklagen cessiren soll.

[20]) Als Beispiele führt Hahn S. 94 an:

Der Kommissionär kann dem Kommittenten gegenüber das mit dem Dritten für Rechnung des Kommittenten abgeschlossene Geschäft, die Zahlung der Kourtage u. s. w. beweisen. Ebenso kann der Beweis des Interesses bei einer nicht geschehenen Lieferung durch Beweis des Abschlusses von Geschäften mit Dritten vermittelst der Bücher erbracht werden. — In der früheren Doktrin war dieses übrigens zweifelhaft.

eingeschränkt worden[21]). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß in jedem Falle nur derjenige Inhalt des Buches, welcher die streitige Sache betrifft, beweistüchtig sein solle; vielmehr beweist der ganze Inhalt des Buches, soweit er Handelsgeschäfte betrifft, einerlei, ob er gerade auf das streitige Handelsgeschäft sich bezieht[22]). Unter dem Ausdrucke Streitigkeiten sind, wie sich aus Art. 40 ergibt, auch Erbschafts- und Gütergemeinschaftsangelegenheiten, Erbschaftstheilungen und Konkurse zu verstehen.

Da die Beweiskraft der Bücher ganz allgemein auf alle Handelssachen sich erstreckt, so ist nicht zu unterscheiden, welche Art von Handelssachen im einzelnen Falle in Frage steht[23]). Insbesondere gehören demnach hieher die Streitigkeiten über Handelsgeschäfte, mögen diese nun Haupt- oder Hülfsgeschäfte, mögen sie absolute sein oder nur wegen der Gewerbemäßigkeit ihres Betriebes dazu gehören. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob ein Geschäft nur auf der einen Seite oder auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist. Auch gegenüber demjenigen Kaufmanne, der aus einem Geschäfte verklagt wird, das für ihn kein Handelsgeschäft ist[24]), kann der klagende Kaufmann sich auf die Bücher berufen.

5) Unter Kaufleuten.

Es ist schon erwähnt worden, daß nach langen Debatten das Privilegium der besonderen Glaubwürdigkeit der Handelsbücher im Handelsgesetzbuche auf die Streitigkeiten unter Kaufleuten beschränkt wurde[25]), und daß die Entscheidung, inwieweit auch gegen Nichtkaufleute durch Handelsbücher Beweis erbracht werden könne, der Partikulargesetzgebung überlassen blieb.

---

[21]) Motive zum Pr. E. S. 24.

[22]) Eine andere Meinung ließe sich bei Hahn S. 93 §. 8 aus dem Wortlaute entnehmen, allein der Sache nach ist wohl dieselbe Ansicht vertreten.

[23]) Das Gesetzbuch selbst hat einen Begriff der Handelssachen nicht aufgestellt, daher muß in dieser Hinsicht auf die Partikularrechte zurückgegangen werden. Für Bayern wird der Begriff in Art. 63 des Einf.-Ges. näher erläutert, für Preußen durch das Einf.-Ges. Art. 2.

[24]) In Folge der Vermuthung des Art. 273 wird dieß allerdings selten vorkommen.

[25]) Und zwar aktiv wie passiv; denn daß Nichtkaufleute für ihre Geschäftsbücher, auch wenn sie nach kaufmännischer Art geführt sind, nicht auf Grund des Art. 34 eine besondere Berücksichtigung im Beweis verlangen können, ist klar. Ob freilich derjenige, welcher soviel Geschäfte macht, daß er die kaufmännische Buchführung anwenden kann, nicht deshalb sich thatsächlich als Kaufmann darstelle, ist eine andere Frage, die jedoch nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden kann.

Ob die streitenden Kaufleute beide, oder ob nur einer, oder ob keiner im Handelsregister eingetragen ist, wird ohne Einfluß bleiben müssen.

Uebrigens versteht das Gesetz unter „Kaufmann" hier nach beiden Richtungen den Vollkaufmann. Diejenigen Kaufleute, welche in Art. 10 des a. d. HGB. aufgeführt sind, werden hinsichtlich der Buchführung nicht als Kaufleute angesehen; ihre Bücher genießen daher nicht das Privilegium kaufmännischer Bücher[26]). Es finden nach jenem Art. 10 „alle Bestimmungen, welche das Gesetzbuch über die Handelsbücher enthält", auf sie keine Anwendung und daher fallen sie auch nicht unter den im obigen Artikel gebrauchten Ausdruck „Kaufleute", und die Beweiskraft der Handelsbücher gegen sie ist eine Beweiskraft gegen Nichtkaufleute[27]).

Dagegen kommt, wenn einmal die Partei, gegen welche der Beweis geführt werden soll, zu den Kaufleuten gehört, darauf Nichts mehr an, ob das Geschäft, aus welchem geklagt wird, auch auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist[28]).

6) In der Regel.

Das Gesetz stellt hinsichtlich der Beweiskraft der Handelsbücher als Regel auf, daß dieselben einen unvollständigen Beweis liefern. Daraus folgt, daß ausnahmsweise

a) ordnungsgemäß geführte Handelsbücher vollen Beweis zu machen vermögen, und

b) Bücher, obwohl gegen deren richtige Führung Nichts vorliegt, vollkommen beweisuntüchtig bleiben können.

Wann der Richter einen dieser Ausnahmsfälle für gegeben anzusehen befugt sei, ist seinem freien Ermessen anheimgestellt. Dieses Ermessen darf aber kein willkürliches sein[29]), es muß durch eine gewissenhafte Prüfung aller obwaltenden Umstände, durch Erwägung der Sachlage, durch Bedachtnahme auf sämmtliche in Frage kommenden Verhältnisse geleitet werden[30]). Als Ausgangspunkt endlich muß immer festgehalten werden, daß ein ord-

[26]) Vgl. oben Seite 76.

[27]) Dieß wird von besonderer Wichtigkeit hinsichtlich der Handwerker. Vgl. das Erk. des Nürnberg. HAG. in der Sammlung Bd. I S. 553.

[28]) Vgl. oben Seite 256.

[29]) Prot. S. 937.

[30]) Die Begründung der Abweichung von der Regel muß dem Urtheile jederzeit beigefügt werden, so daß die Parteien erfahren, weshalb im einzelnen Falle der Richter den Büchern mehr oder minder Glauben geschenkt hat. Vgl. die oben citirte Stelle der Protokolle.

nungsmäßig geführtes Buch, wenn keine sonstigen besonderen für oder gegen die Richtigkeit seines Inhaltes[31]) sprechenden Momente vorliegen, so viel Beweis erbringt, daß nicht der Gegner zu einem Reinigungseide, sondern derjenige, welcher sich auf den Inhalt des Buches stützt, zum Ergänzungseide oder zur sonstigen Ergänzung seines Beweises zugelassen wird.

Es wird dieser Beweis[32]) jedoch nicht als ein halber oder mehr als halber Beweis bezeichnet werden dürfen, indem das Gesetz die Benennung „unvollständiger" Beweis gerade deshalb gewählt hat, um die richterliche Entscheidung von den engen Schranken der formalen Beweistheorie zu befreien. Dieß wird praktisch von Bedeutung, wenn der Beweis durch den Inhalt der Bücher in anderer Weise als durch den Eid zu ergänzen ist oder wenn irgend ein Gegenbeweis vorliegt. (Vgl. hierüber unten N. 9).

7) Beweis.

Zwei Fragen stellen sich hier zur Erörterung dar:

a) unter welchen Parteien und

b) über welche Thatsachen

wird durch Handelsbücher Beweis gemacht?

Ad a.

Als Grundsatz über die Beweiskraft des Buches in Richtung auf die Person ist aufzustellen, daß dieselbe ganz allgemein und unbeschränkt ist.

Von der Meinung ausgehend, das ganze Institut sei nur eine Ausnahme von der Regel „scriptura propria pro scribente non probat", hebt man gewöhnlich nur den Fall hervor, daß Derjenige, welcher das Buch führt oder führen läßt, damit zu seinen Gunsten beweisen kann. Dieß wird auch praktisch die häufigste Benützung des Beweises durch Bücher bilden und gibt zu Kontroversen keinen Anlaß, ist vielmehr allgemein unbestritten anerkannt.

Dagegen steht schon die Beweiskraft des Buches gegen Denjenigen, welcher dasselbe führt oder führen läßt, nicht mehr unbezweifelt fest. Es kann zwar nicht wohl bestritten werden, daß insoferne der reine Vertragswille hinreicht, eine Schuld zu konstituiren, unter Umständen die Konstituir-

---

[31]) Nicht blos solche Momente kommen in Betracht, welche gegen den Produzenten sprechen; anderer Ansicht scheint v. Hahn S. 92 N. 4.

[32]) Nach gemeinem Prozeßrechte macht bekanntlich das Buch in diesem Falle halben Beweis; v. Hahn S. 92 N. 4 nimmt an, daß mehr als halber Beweis erbracht sei.

ung einer Schuld auch darin enthalten sein kann, wenn Jemand eine Schuld gegen sich bucht[33]). Allein abgesehen davon, daß mit der Frage, ob in einer Buchung ein Dispositionsakt, ob darin die Eingehung einer obligatorischen Verbindlichkeit selbst liege, die andere Frage nicht verwechselt werden darf, um welche es sich in Art. 34 allein handelt, ob durch den Inhalt des Buches die Wahrheit des in ihm bezeugten Faktum's dargethan werde, wird auch in der Eintragung im Buche regelmäßig nicht wohl ein formaler und folgeweise absolut wirkender Vertragsakt gefunden werden können[34]). Betrachtet man aber die Beweistüchtigkeit der Büchereinträge vom Gesichtspunkte der Beweiskraft schriftlicher Geständnisse aus[35]), so tritt zwar die Regel, daß eine Privaturkunde für den Aussteller nicht beweist, hier offenbar nicht ein, allein es kann auch der umgekehrte Satz nicht angewendet werden. Denn es würde demselben mit Recht entgegengehalten werden können[36]), daß Privaturkunden, welche ein außergerichtliches Geständniß enthalten, nicht schon dadurch gegen den Aussteller beweisen, daß er sie überhaupt geschrieben hat, sondern daß die Ueberlieferung der Urkunde an denjenigen hinzukommen muß, zu dessen Gunsten sie ausgestellt ist, indem sich erst durch diese Uebergabe die Absicht, ein rechtlich wirksames Geständniß abzulegen, deutlich ausspricht.

Man hat zwar diesem Einwande mit der „Gemeinschaftlichkeit" der Bücher zu begegnen gesucht, kraft welcher der Gegner die „Aushändigung" jederzeit erzwingen könne; daß diese Fiktion unhaltbar ist, ergibt sich jedoch sofort, da zwischen Uebergabe einer Urkunde und Vorlage der Handelsbücher bei Gericht ein unläugbarer Unterschied bleibt.

Es würde aber ohnehin weder von dem einen noch von dem anderen Gesichtspunkte aus Etwas für die Beweisfrage allgemein Dienliches gewonnen werden, da beide Erklärungsarten nur für Einträge passen würden, das Gesetzbuch aber, wie erwähnt, auch das Nichteingetragensein als beweisend erachtet. Stellt man jedoch die beweisende Kraft des Buchinhaltes

---

[33]) Endemann in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. II S. 344 u. 349.

[34]) Man betrachte nur die gewöhnlich keineswegs ein Schuldbekenntniß, sondern lediglich thatsächliche Momente enthaltende Eintragsform.

[35]) Ein Erk. des österreichischen obersten Gerichtshofes v. 20. März 1866 (Busch, Archiv Bd. X. S. 187) sieht in der Eintragung der Fakturapreise erhaltener Waaren in die Handelsbücher zu eigenen Lasten des Empfängers ein voll beweisendes Geständniß des letzteren über die Forderung des Verkäufers.

[36]) Vgl. Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I S. 210 ff.

auf die der ordnungsgemäßen Buchführung innewohnende Eigenschaft eines glaubwürdigen Zeugnisses über die Geschäftsvorgänge, so ergibt sich sofort, daß die Anwendbarkeit desselben gegen den Buchführenden eben so gerechtfertigt ist, wie für denselben, daß aber auch beide Fälle sich prozessualisch gleich stehen und daher auch gegen den Buchführer durch den Inhalt des Buches, sei es, daß man sich auf das Eingetragensein oder Nichteingetragensein der zu beweisenden Thatsache stützen will, nicht unter allen Umständen voller Beweis erbracht wird [37]), sondern auch hier das richterliche Ermessen Maß und Ziel gibt [38]).

Was endlich die Frage betrifft, ob auch ein nicht von einem der Streitenden sondern von einem Dritten geführtes Buch als Beweismittel benützt werden könne [39]), so ist nach dem oben Erörterten auch nach dieser Richtung hin die beweisende Kraft einer ordnungsgemäßen Buchführung nicht zu beanstanden.

Will der Dritte freilich sein Buch nicht produziren, so kann ihn derjenige, der sich darauf beruft, nicht zwingen, dasselbe vorzulegen, weil Art. 37 nur der Gegenpartei erwähnt. Allein hieraus darf noch nicht geschlossen werden, daß sich auch der Art. 34 auf diesen Fall nicht beziehe; die Worte „unter Kaufleuten" sind nicht zu „Beweis" sondern zu „Streitigkeiten" zu konstruiren.

Natürlich wird eine solche Berufung auf die Bücher eines Dritten regelmäßig voraussetzen, daß es sich dabei um ein Rechtsverhältniß zwischen diesem Dritten und dem Gegner handelt [40]). Doch kann auch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Dritten und demjenigen, der sich auf das Buch beruft, in Frage stehen [41]), und endlich läßt sich auch denken, daß ein Rechts-

---

[37]) Dieß geht schon daraus hervor, daß es bei den Berathungen unbeanstandet blieb, als beantragt wurde, es solle sogar durch die übereinstimmenden Einträge der Bücher beider Parteien nur unvollständiger Beweis erbracht werden. Vgl. Prot. S. 52.

[38]) Anderer Ansicht scheint Endemann H.-R. S. 109 Note 27 zu sein; auch v. Kräwel meint (S. 54), daß in der Eintragung eines Postens im Buche des Gegners jedenfalls ein nach Abs. 2 des Art. zur Vervollständigung des Beweises dienender Umstand zu finden sei.

[39]) Verschieden von der oben erörterten Frage, ob ein sich auf dritte Rechtsverhältnisse beziehender Eintrag beweise.

[40]) Z. B. der Committent will die Thatsache, daß sein Commissionär einen höheren Preis erzielt hat, aus den Büchern des dritten Käufers nachweisen.

[41]) Z. B. der Commissionär will, nachdem er gezwungener Weise die Waare unter dem Limitum abgegeben, dieß aus den Büchern des Dritten darthun.

verhältniß von Bedeutung wird, welches lediglich zwischen Dritten sich abgewickelt hat [12]). Daß namentlich in den beiden letzten Fällen wegen obwaltender Gefahr der Kollusion das richterliche Ermessen unter sorgfältiger Erwägung aller Umstände einzutreten hat, ist richtig, allein hierin liegt keine Abweichung von der allgemeinen Regel des Art. 34.

Daß nun aber das Handelsgesetzbuch wirklich diese allgemeine Beweistüchtigkeit der Handelsbücher aufgestellt hat, ergibt sich vor Allem aus der ganz allgemeinen Fassung des Art. 34. Diese Fassung war aber eine absichtliche, indem ein einschränkender Antrag die Beweiskraft der Bücher nur

— auf Eintragungen zum Vortheile desjenigen, über dessen Geschäftsbetrieb sie geführt werden, —

zu beziehen, abgelehnt wurde [13]), und zwar aus dem Grunde, weil dieselben nicht selten auch gegen Denjenigen Beweis machen würden, der sie geführt habe [14]).

Ad b.

Bei Beantwortung der Frage, über welche Thatsachen die Handelsbücher Beweis machen, muß der bereits in der Einleitung zu diesem Titel entwickelte Grundsatz festgehalten werden, daß die Beweiskraft der Handelsbücher nicht auf einer besonderen Glaubwürdigkeit der mit Handelsgeschäften sich befassenden Personen, sondern auf der Glaubwürdigkeit der kaufmännischen Buchführungsweise beruht. Nicht deshalb, weil eine Person, die gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, Etwas in ein paginirtes und gebundenes Buch, ohne zu radiren und zu durchstreichen, eingeschrieben hat, muß dieses vom Gerichte auch geglaubt werden, sondern dieser Glaube wird einem Handelsbuche nur insoweit und nur dann gewährt, wenn aus demselben hervorgeht, daß eine Thatsache, die an sich und zur Zeit des Eintrages eine noch indifferente gewesen ist, von der man bei der Eintragung noch nicht wissen konnte, ob je darüber ein Streit entstehen würde, unter einer Reihe anderer unbestrittener Thatsachen eingeschrieben wurde. Denn nur in einem solchen Falle kann man den Schluß ziehen, auf welchem die Glaubwürdigkeit der Bücher beruht, daß nämlich dieser Eintrag geschah, weil sich damals die Thatsache wirklich ereignete, indem unter den

---

12) Z. B. A hat 50 Centner Hopfen zu demjenigen Preise verkauft, welchen der Tübinger Stadthopfen im laufenden Jahre erzielen werde, und will den desfallsigen Ankaufspreis aus den Büchern eines Käufers des Tübinger Hopfens beweisen.

13) Prot. S. 943.

14) Prot. S. 938.

oben erörterten Umständen ein anderer Grund des Eintrages nicht denkbar ist[45]).

Daraus ergibt sich sofort der wichtige und vor Allem maßgebende Satz, daß der Bucheintrag stets nur für den thatsächlichen Inhalt des Geschäftes, niemals für die rechtliche Qualifikation desselben Beweis erbringen kann[46]); denn der Eintrag dieser letzteren beruht nicht auf dem Vorsichgehen eines geschäftlichen Ereignisses, sondern auf der subjektiven Auffassung des betreffenden Buchführers, und daß auch dieser ohne Weiteres Glauben geschenkt werden müsse, dafür besteht kein Grund.

Wenn also z. B. A seinen Geschäftsfreund B „für rechtzeitig zur Disposition gestellte Waarensendung vom . . . .“ mit einer Summe belastet, so kann der Bucheintrag beweisen, daß und wann zur Disposition gestellt worden sei, allein daß dies rechtzeitig geschehen, das ist natürlich für den Richter noch nicht erwiesen, weil der Betheiligte nur seine Ansicht in das Buch eingetragen hat.

Nur insoweit als aus einem solchen Eintrage die Thatsache hervorgeht, daß der Buchführende oder unter Umständen beide Parteien zu einer gewissen Zeit die Ueberzeugung hatten, es sei dem Thatumstande eine bestimmte rechtliche Qualifikation beizulegen, kann auch ein solcher Eintrag hinsichtlich des Beweises von Bedeutung werden.

Eine weitere Folge des oben erörterten Grundsatzes ist, daß ein jedes Handelsbuch nur über jene Thatsachen Beweis liefern kann, welche nach den Regeln der Handlungswissenschaft in dasselbe eingetragen werden können und eingetragen werden sollen.

Dies findet besonders Anwendung auf jene Fälle, in denen zwar ein künftig auszuführendes Geschäft geschlossen, jedoch eine Veränderung in dem Kassen- oder Waarenbestande des Kaufmannes in der That noch nicht stattgefunden hat. Derartige Geschäfte können zwar in besondere Bücher eingeschrieben und es kann durch die letzteren unter Umständen Beweis geliefert werden; allein ein Gegenstand der eigentlichen kaufmännischen Buchung sind solche Geschäfte, deren Realisation erst in Zukunft erfolgen soll, bei denen mithin die in das Debet und Credit zu stellenden Summen das Ergebniß künftiger, zur Zeit noch unbekannter Ereignisse sind, nicht. Denn

---

[45]) Vgl. das Erk. des k. HAG. zu Nürnberg in der Sammlung Bd. I S. 441.

[46]) Ein Präjudiz des Berliner Obertribunals (bei Busch Archiv Bd. IV S. 317) drückt dies so aus: nur Thatsachen, nicht Forderungen können durch die Bücher bewiesen werden.

was sich nicht in bestimmten Summen ausdrücken läßt, das kann auch nicht kontirt werden. Aus dem Eingetragensein oder Nichteingetragensein solcher Geschäfte kann daher ein Beweis nicht entnommen werden [47]).

Als dritter und wichtigster Folgesatz endlich ergibt sich aus Obigem, daß die Beweiskraft der Bücher nicht weiter gehen kann, als daß die Thatsache, auf deren Grund der Eintrag erfolgte, für geschehen angenommen wird. Nur für dasjenige kann der Inhalt eines Buches Beweis liefern, was derselbe bei ordnungsgemäßer Buchführung in thatsächlicher Beziehung als Voraussetzung haben muß. Daß in dieser Richtung eine kasuistische Entscheidung der einzelnen Fälle nicht gegeben werden kann, ist selbstverständlich; das Gesetz hat eben darum Alles dem freien richterlichen Ermessen überlassen, welches hier allerdings von einer vollkommenen Kenntniß der technischen Grundlagen der Buchführung geleitet werden muß.

Einige Beispiele werden den Satz am besten verdeutlichen:

Wenn in dem Journale eingetragen ist:

Monat Januar 1850. 4.
Collin et Cpie. in N. Sollen
an Waarenconto
sandte ihnen
1 Ballen Netto 100 Pfd. guten ord.
Brasil. Kaffee . . 50 fl.
mit 10% Skonto.

so kann dieser Eintrag ordnungsgemäß nur dann erfolgen, wenn der Ballen mit der gebuchten Waare an Collin et Cpie. in N. abgegangen und der Preis nebst Zahlungsbedingung fakturirt wurde [48]). Denn diese Thatsachen liegen einem Journale zu Grunde; für sie spricht also der Inhalt der

---

[47]) Diese Grundsätze sind anerkannt in den Präjudizien des Berliner Obertribunals bei Busch Archiv Bd. IV S. 316, mit welchen jedoch das Erk. v. 23. Sept. 1862 (Busch Bd. IX S. 116) zu vergleichen ist. Ein Beispiel siehe auch in der Sammlung handelsgerichtl. Erk. des Königr. Bayern Bd. I S. 479 und in Busch Bd. V S. 308.

[48]) Das in Busch Bd. III S. 236 abgedruckte Erk. des Kammergerichts zu Berlin, wonach die Fakturen nicht als für die Quantität der Waare beweisend angenommen wurden, konnte sich daher auf die mit den Fakturen gleichlautenden Bücher nicht beziehen.

Bücher [49]). Dagegen ist die Qualität der Waare nicht ein Gegenstand der Journalisirung, und der Umstand, daß der Absender den Kaffee als guten ordin. Brasil. Kaffee im Buche eintrug, kann daher auch für die effektive Waarenbeschaffenheit keinen Beweis machen [50]).

Oder:

In einer Streitsache, in welcher es sich um die Frage handelt, ob ein Kauf zwischen Kläger und Beklagtem wirklich zu Stande gekommen sei, beruft sich der Kläger auf den Inhalt seines Kommissionsbuches. In ein solches Buch werden nun bei ordnungsgemäßer Buchführung alle zu bewerkstelligenden Versendungen vorgemerkt und es bedeutet demnach ein solcher Eintrag, daß an die bezeichnete Person zu der bezeichneten Zeit die bezeichnete Waare abzugehen hat. Auf welchem Rechtsgeschäfte aber diese Sendung beruht, darüber hat ein solches Buch keinen Aufschluß zu geben, und es kann deshalb auch keinen Beweis darüber liefern, was zwischen den Parteien vereinbart war. Denn da der Eintrag im Buche ein ordnungsgemäßer ist, sowohl wenn der Beklagte die betreffende Waare fest bestellt, als auch, wenn er die Zusendung nur zur Ansicht verlangt hat, oder wenn ihm der Kläger die Waare in Kommission gegeben, oder wenn Kläger auch nur auf eine Notiz seines Reisenden oder auf Spekulation mittelst Zusendung der Waare an den Geschäftsfreund zur bemerkten Zeit ein Geschäft versuchen wollte, so ergibt sich, daß der Eintrag im Buche für keine dieser Thatsachen entscheidend ist. Auch wenn der Eintragende das Geschäft selbst in einer gewissen Weise qualifizirte, z. B. indem er die Worte beifügt: „auf Bestellung", so ist, wie oben erörtert, dieß nur für die subjektive Anschauung des Buchenden, nicht für die Thatsache, beweisend.

Oder:

Gesetzt den Fall, in einem Hause wird ein sogenanntes Bestellbuch geführt, ein Buch, in welchem alle einlaufenden festen Bestellungen gebucht

---

[49]) Vgl. das Erk. des Königsberger Kommerz- u. Admiralitätskollegium in Busch Archiv Bd. II S. 162.

[50]) Ein Erk. des obersten Gerichtshofes zu Wien (Busch Archiv Bd. IX S. 52) sprach sich dahin aus, daß beim Zugeständnisse eines Kaufes Seitens des Beklagten auch die Vereinbarung des geforderten Preises durch den Eintrag im Buche des Verkäufers bewiesen werden könne; dieß wird sich kaum rechtfertigen lassen. Dieser Eintrag beweist wohl, daß dem Käufer die fraglichen Preise fakturirt wurden (und wenn der Käufer nicht nachweisen kann, daß er dagegen reklamirt hat, muß er unter Umständen dieselben auch zahlen); mehr aber, daß die Preise vorher vereinbart wurden, kann der Bucheintrag nicht darthun.

werden. Wird später eine solche Bestellung streitig, so kann, die ordnungsmäßige Buchführung vorausgesetzt, durch den Inhalt des Buches unzweifelhaft Beweis [51]) dafür erbracht werden, daß zu der kritischen Zeit eine Bestellung bei dem Hause einlief. Weiter aber reicht der Beweis nicht. Daß die Bestellung wirklich von dem Gegenkontrahenten gemacht wurde, ist nicht schon durch den Inhalt dieses Buches bewiesen, sondern hängt von der Beschaffenheit der Grundlage ab, auf welcher der Eintrag fußt. Liegt ein Bestellbrief des Gegenkontrahenten dem Eintrage zu Grunde, so reicht der Beweis natürlich viel weiter, als wenn derselbe etwa nur auf der Notiz des Reisenden beruht. Denn im letzteren Falle ist durch das Buch mehr nicht bewiesen, als daß dem Hause von seinem Reisenden die betreffende Bestellung aufgegeben wurde; damit aber kann nicht bewiesen werden, daß die Bestellung auch Seitens des Gegenkontrahenten bei dem Reisenden wirklich erfolgt sei. Würde nämlich letzterer auch eidlich bekräftigen, daß die Bestellung bei ihm gemacht wurde, so wäre dieß als nicht vollgültiges Zeugniß kaum halber Beweis; es ließe sich aber wohl kaum ein vernünftiger Grund denken, weshalb die nichteidliche Notiz des Reisenden deshalb mehr Glauben verdienen müßte, weil sie in einem Geschäftsbuche, ohne daß eine Kontrole der Wahrheit möglich gewesen wäre, eingetragen wurde [52]).

8) Durch den Eid.

Das vorzüglichste Mittel, den durch den Inhalt des Handelsbuches geführten Beweis zum vollständigen Beweise zu erhöhen, ist der Eid desjenigen, welcher sich auf das Buch beruft. Welcher Art dieser Eid sei, ist bisher eine vielfach bestrittene Frage gewesen [53]), und insbesondere waren die Meinungen darüber getheilt, ob der zum Eide Zugelassene die Wahr-

---

[51]) Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß hier wie überall in den hier gegebenen Erörterungen immer nur der unvollständige Beweis, wie ihn der Art. 34 normirt, gemeint ist.

[52]) Vgl. auch die Erk. der Frankfurter Gerichte in Busch Archiv Bd. VIII S. 331 und das Erk. des österreichischen obersten Gerichtshofes (ebenda Bd. X S. 191), in welchem letzteren ausgeführt wird, daß durch den desfallsigen Eintrag des Verkäufers die Berechtigung des Bestellers der Waare, für den angeblichen Käufer Bestellungen zu machen, nicht erwiesen werden kann.

[53]) Diese Materie ist ausführlich und gründlich erörtert von H. Pemsel, die Fassung des Bucheides. Erlangen 1866.

heit der bestrittenen Thatsachen oder die Richtigkeit seiner Buchführung im Allgemeinen beschwören müsse; eine Streitfrage, welche man dahin zu formuliren pflegte, ob der Bucheid nur der Erfüllungseid oder eine besondere Gattung des Eides sei [54]).

Auch bei der Berathung des Handelsgesetzbuches wurden beide Ansichten vertreten und, wie die Protokolle (S. 55) konstatiren, hielt ein Theil der Konferenzmitglieder den Eid über richtige Buchung für irrelevant, andere wollten die Umstände entscheiden lassen, ob einer und welcher, oder ob beide Eide zu fordern seien, andere hielten dafür, daß der Eid über richtige Buchung genüge, und daß der zweite Eid, namentlich, wenn es sich um ältere Data handle, eine ungebührliche Beschwerung des Gewissens enthalte. Hingegen wurde wiederum eingewandt [55]): „gerade durch den letzteren Eid komme der Kaufmann mit seinem Gewissen in's Gedränge, wenn er zwar die Wahrheit der in Frage stehenden Thatsachen eidlich beschwören, aber sich nicht verhehlen könne, daß da und dort, vielleicht an ganz indifferenten Stellen, sein Buch, an minder wesentlichen Formfehlern leide; der Eid über richtige Buchführung sei aber auch unstatthaft, weil er auf eine Schlußfolgerung hinauslaufe und überflüssig, weil die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung vom Richter zu ermessen sei."

Nachdem nun in erster Lesung ein bestimmter Beschluß nicht erzielt werden konnte und auch in zweiter Lesung [56]) sich ergab, „daß die den Beweis der Handelsbücher ergänzenden Eide sehr verschieden seien, bald Erfüllungseide in streng prozessualem Sinne, die unter Umständen auch de credulitate geschworen werden dürften, bald bloße Eide über die Richtigkeit der Buchführung u. s. w., und daß ohne erhebliche Schwierigkeiten sich hier ein einheitliches Recht nicht erzielen lasse", beschloß die Versammlung, im Gesetze nicht zu entscheiden, welcher Art der ergänzende Eid sein solle [57]).

Hiernach ergibt sich als Resultat, daß in dem Gesetzbuche zwar ausgesprochen ist, es solle dem Richter gestattet sein, den durch die Bücher

---

54) Ueber die einzelnen Nuancirungen der beiden Hauptansichten siehe Pemsel a. a. O. §. 5 ff.

55) Prot. S. 59.

56) Prot. S. 939, 940.

57) Mit Recht wurde hingegen erinnert (Monit. 55, Mecklenburg-Schwerin, zweiter Beil.-Bd. S. 11), daß über so wichtige Fragen das Gesetz die Entscheidung nicht vermissen lassen dürfe; allein dieses Monitum kam in der dritten Lesung nicht zur Berathung.

geführten Beweis mittelst eines Eides vervollständigen zu lassen, daß aber darüber keine Bestimmung getroffen ist, ob der Eid die Richtigkeit der streitigen Thatsachen oder die Richtigkeit der Buchführung, ob er die Wahrheit der Sache selbst oder nur die Ueberzeugung des Schwörenden von der Wahrheit betreffen müsse, endlich, ob ihn immer derjenige, dessen Handelsbuch den Eintrag enthält, oder auch der wirkliche Buchführer, oder unter Umständen sogar der Gegner abzuleisten habe.

Daß der Artikel insbesondere nicht den Eid als den Erfüllungseid im technischen Sinne erklären wollte [58]), ergibt sich aus dem Gange der Berathungen, in welchen das Wort Erfüllungseid gerade mit Absicht deshalb nicht gewählt wurde, um nicht die in den verschiedenen Gesetzgebungen hierüber maßgebenden Bestimmungen auf den im Art. 34 erwähnten Eid anwendbar zu machen [59]). Der Mangel einer desfallsigen Bestimmung über die einzelnen Modalitäten, unter welchen der Richter die Ergänzung des Beweises durch den Eid annehmen kann, führt aber keineswegs dazu, die Vorschriften der Partikulargesetzgebungen und eventuell des gemeindeutschen Prozeßrechtes anzuwenden [60]); vielmehr müßte, wenn man hierauf zurückgreifen sollte, ein desfallsiger ausdrücklicher Vorbehalt im Gesetze gemacht worden sein. Da aber dieß nicht der Fall, so kann die Bestimmung in ihrer Allgemeinheit nur dahin ausgelegt werden, wohin die Rücksicht auf das, diesem ganzen Rechtsinstitute von Seite des Gesetzgebers offenbar zu Grunde gelegte Prinzip führt, nämlich: daß es Sache des freien, durch die gewissenhafte Erwägung aller Umstände geleiteten richterlichen Ermessens ist, in welcher Weise, wem und in welcher Form der Richter den Eid auflegen zu sollen glaubt [61]).

---

[58]) Anderer Ansicht v. Hahn S. 94 §. 9 und ihm folgend Dahn in Bluntschli's Privatrecht §. 147, Endemann S. 109 Note 24 u. Keyßner in Busch Archiv Bd. II S. 327, auch Renaud, Lehrbuch des Civilprozesses S. 313. Für Preußen wird übrigens angenommen, daß diese letztere Ansicht gesetzlich sanktionirt sei durch Art. 22 des Einf.-Ges.; vgl. die Motive dazu S. 289 u das Erk. des Obertribunals bei Goldschmidt Ztschr. Bd. VIII S. 563.

[59]) Prot. S. 939. Gegen diesen ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers läßt sich die in der Note 58 erwähnte Auslegung unmöglich halten, welche den ergänzenden Eid des Art. 34 als technischen „Ergänzungs- oder Erfüllungs-Eid" erklären will. Vgl. Pemsel a. a. O. S. 67.

[60]) Diese Ansicht wird vertreten von Busch im Archiv Bd. I S. 38.

[61]) Wenn man die Bemerkungen Hahn's S. 98 §. 14 u. 15 in das Auge faßt, so zeigt sich, daß auch die von ihm vertretene Theorie praktisch größtentheils zu demselben Resultate führt, wie wenn sofort Alles auf die richterliche freie Beweisprüfung gestellt wird.

Hiernach ist nun allerdings in der Regel der Beweisführende, welcher den Inhalt eines ordnungsgemäß geführten Buches für sich hat, zum Eide über die Wahrheit der eingetragenen Thatsache anzuhalten und zwar derjenige, welcher sich auf das Buch beruft, sei es nun der Eigenthümer oder der Gegner [62]).

Zeigen aber die Umstände, daß nicht der Prinzipal, sondern einer seiner Bediensteten von der Sache bessere Wissenschaft hat [63]), so kann der Richter den Eid dieses Bediensteten, des Prokuristen, Buchhalters, Reisenden oder Magaziniers u. s. w. zur Ergänzung des Beweises verlangen.

Man wendet gegen die Zulassung der Eidesleistung durch diese Nebenpersonen ein, daß dieselben ja als Zeugen vernommen werden können (vgl. Prot. S. 55), allein es ist sofort klar, welcher bedeutende Unterschied darin liegt, ob die Vernehmung gerade desjenigen, welcher vielleicht allein Licht über die Sache verbreiten kann, von dem Belieben der Parteien und der Sorgfalt ihrer Anwälte abhängt, oder ob der Richter nach seinem Ermessen die Beischaffung eines solchen Beweismittels anordnen kann. Dazu kommt, daß der obigen Auslegung gemäß der Richter ungeachtet der „Exzeptionsmäßigkeit" solcher Bediensteter dennoch durch ihren Eid volle Ergänzung des Beweises annehmen kann, was nach den Prozeßgesetzen, wenn man der strengen formalen Beweislehre folgt, nicht wohl gerechtfertigt werden könnte.

Weigert sich der Betreffende, den Eid zu leisten, so tritt wiederum das richterliche Ermessen ein, welches zu entscheiden hat, ob und wie weit dadurch der Beweis durch das Buch geschwächt wird, denn eben weil der Ergänzungseid nicht an die streng prozessualen Formen gebunden ist, kann die Eidesweigerung des Stellvertreters nicht ohne Weiteres als Sachfälligkeit des Prinzipals erachtet werden.

Damit fällt denn auch das Hauptbedenken, welches gegen diese Ansicht geltend gemacht wird (vgl. Prot. S. 59). Denn wenn der zum Eid Gezogene z. B. in Unfrieden von dem Prinzipal geschieden wäre, so wird

---

[62]) Ein Fall, wo das Buch einer Gesellschaft in Frage stand, ist behandelt in Bl. f. RA. Bd. XIII S. 398.

[63]) In einem in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 564 und Busch Bd. II S. 212 gedruckten Wiesbadener Erkenntnisse wurde zwar im Allgemeinen die Zulässigkeit der Eidesleistung durch das Hülfspersonal verneint, jedoch im konkreten Falle, wo es sich um ein Geschäft der von einem Prokuristen geführten Zweigniederlassung handelte, dieselbe zugelassen.

der Richter unter Umständen der Weigerung, zu schwören, kein Gewicht beizulegen haben.

Desgleichen kann der Richter durch die Umstände veranlaßt sein, sich mit einem Eide des Beweisführenden über seine Wissenschaft und seine Ueberzeugung von der Sache zu begnügen [64]). Dabei wird nach Lage der Dinge das Nichtwissen und Nichtglauben beschworen werden müssen, insoferne es sich um die aus den Büchern hervorgehende Nichtexistenz einer Thatsache handelt.

Z. B. A beruft sich auf eine an B gemachte Zahlung vom 1. April 1862 zu 300 fl., während B eine solche leugnet und nur Uebersendung einer unsicheren Tratte an diesem Tage zugibt; B beruft sich auf seine Bücher, in welchen nur der Eingang einer Tratte gebucht ist, oder auf die Bücher des A, in welchen auf 1. April 1862 Nichts gebucht ist.

Endlich wird unter Umständen der Eid, sei es dem Beweisführenden oder dem Buchführer, über die Buchführung [65]) auferlegt werden können. Denn wenn auch die äußere Ordnungsmäßigkeit [66]) in der Regel vom Richter durch Augenschein zu ermitteln ist und ermittelt zu werden vermag, so ist dieß doch nicht der Fall in Bezug auf die innere Ordnungsmäßigkeit der Buchführung.

Hier kann die Art und Weise, wie in dem Geschäfte gebucht wird, von entscheidendem Einflusse sein, und deren Feststellung durch den Eid daher nothwendig werden. Z. B. ein Eintrag wird als später gemacht angefochten; hier kann ein Eid auferlegt werden, daß in dem Geschäfte die Einträge in der und der Weise erfolgen u. dgl. Insoferne sich derselbe in solchen Fällen natürlich auf Thatsachen erstreckt, welche für die größere oder geringere Glaubwürdigkeit der Bücher selbst von Einfluß sind, fällt

---

[64]) Wäre der ergänzende Eid des Handelsgesetzbuches wirklich das sog. Suppletorium, so könnte z. B. nach Bayerischem Rechte de credulitate nicht geschworen werden.

[65]) Nicht gerade über die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung im Allgemeinen. Ein Eid: „ich schwöre, daß ich meine Bücher ordentlich führe", ist nicht entscheidend; er ließe sich nur als provisorischer Eid beim Beginne der Kaufmannsthätigkeit denken, in welcher Anwendung er allerdings in früherer Zeit (beim Eintritte in die Gilde) vorkam; vgl. Pemsel a. a. O. S. 26 ff.

[66]) Obwohl auch hier eine eidliche Vernehmung des Buchführers nöthig werden kann, z. B. es ist zweifelhaft, ob eine Rasur vorliege, welche Ziffer die eingeschriebene sei u. dgl., und nicht über die Treue u. Richtigkeit der Buchführung im Allgemeinen; denn der Eid: „ich schwöre, daß ich in meine Bücher nichts Falsches eintrage", dürfte ebenso ohne Werth sein, wie der Note 65 erwähnte.

diese eidliche Bestärkung allerdings mehr in das Bereich des Abs. 2 des Art. 34. Dagegen ist dieser Eid dann lediglich als Ergänzung des Beweises über den Streitpunkt selbst zu betrachten, wenn er über die Existenz der ordnungsmäßigen Buchung selbst geleistet wird. Z. B. dem Gegner, welcher sich auf einen Bucheintrag beruft, wird entgegengehalten, daß der Eintrag unbefugter Weise von einem Nichtberechtigten geschehen sei.

9) Oder durch andere Beweismittel.

Der unvollständige Beweis durch das ordnungsgemäß geführte Buch bedarf in der Regel einer Ergänzung durch anderweite Beweismittel. Hiezu können neben dem Eide alle im Prozeßrechte für zulässig erklärten Beweismittel benützt werden, insbesondere anderweite Urkunden, ferner Zeugen und Vermuthungen [67]).

Hiebei muß gleichfalls das freie Ermessen des Richters darüber entscheiden, wie viel er zur Ergänzung des unvollständigen Beweises für nöthig erachtet. Der Richter kann, obwohl an sich halber Beweis durch Hinzunahme eines exceptionsmäßigen Zeugen nicht zum vollen Beweise wird, doch den von einem, wenn auch nicht exceptionsfreien Zeugen bekräftigten Inhalt des Buches als erwiesen erachten. Ferner kommt es auf die Erwägung aller Umstände an, wie weit dem etwa vorhandenen Gegenbeweise Einfluß zuzuschreiben ist [68]). Würde man die formale Beweistheorie hierher ziehen, so müßte die Summedes erbrachten Gegenbeweises von dem halben Beweise des Buches abgezogen und darauf hin die Beweisergänzung geprüft werden. Allein, wie bereits erwähnt, das Gesetz bedient sich nur des Ausdruckes „unvollständig" und es wird daher dem Richter überlassen bleiben müssen, das Gesammtresultat nach seinem freien Ermessen zu würdigen.

Unter Umständen kann daher z. B. der Beweis des Buchinhaltes durch die Aussage eines Zeugen trotzdem als voll ergänzt angesehen werden, wenn auch die Aussage eines Gegenzeugen entgegensteht. Andererseits kann umgekehrt bei solcher Beweiskonstellation der Richter den Beweis durch das

[67]) Die Ergänzung des Beweises durch Vermuthungen geht in die Steigerung der Beweiskraft des Buches durch die begleitenden Umstände über Abs. 2 dieses Artikels.

[68]) Z. B. der Inhalt des Buches wird von einem Zeugen verneint, so daß hier also der Beweis aufgehoben wäre; ein exceptionsmäßiger Zeuge bestätigt aber die im Buche vorgetragene Thatsache.

Buch für so geschwächt erachten müssen, daß dem Gegner der Reinigungseid zuzuerkennen ist. Dieß ist auch durch die gegen den Reinigungseid in den Protokollen (z. B. S. 937, 939) konstatirten Verwahrungen nicht ausgeschlossen, da sich diese auf den Fall, wie er vorliegend gedacht ist, nicht erstrecken.

Hierbei ist jedoch ein Irrthum zu vermeiden; die Ergänzung des Beweises, von welchem Art. 34 spricht, ist die Bestärkung des Buchinhaltes selbst; über Thatsachen, die aus dem Buche überhaupt nicht bewiesen werden können, kann der Beweis natürlich nicht ergänzt, sondern er muß selbstständig erbracht werden.

Zum Beispiel:

A behauptet, dem B auf Bestellung zwei Fässer Raffinade à 40 fl. geliefert zu haben, Zahlung 3 Monate oder per comptant mit 3% Skonto; bei dem Widerspruche des B legt er sein Journal vor, in welchem das Geschäft gebucht ist, die angeblich bedungene Zahlungszeit aber fehlt; hier erstreckt sich die Beweisergänzung nach Art. 34 nur auf den Inhalt des Buches selbst. Die Zahlungsbedingung muß für sich selbstständig ganz abgesehen von dem Buche bewiesen werden.

10) Durch die Erwägung aller Umstände.

Der zweite Abs. des Art. 34 mildert die formelle Beweisregel der eigentlichen Gesetzesvorschrift und bringt die freie richterliche Prüfung der Sachlage wieder in den Vordergrund. Es hat der Richter nicht blos, im Falle ihm beide Parteien die Bücher vorlegen, sondern ganz allgemein die größere oder geringere Beweiskraft der ihm, wenn auch nur von einer Seite, produzirten Bücher nach seinem Ermessen in jedem einzelnen Falle festzustellen [69]).

Eine genaue Casuistik läßt sich eben deshalb nicht geben, doch sind nachstehende Momente hervorzuheben [70]):

a) Die Persönlichkeit des Buchführenden.

Bei den Berathungen war vorgeschlagen worden [71]), neben der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung auch die Integrität desjenigen, der sich auf die

---

69) Wenn der Abs. 2 Art. 34 in der ersten Alternative auch den Ausdruck „Bücher" anwendet, so ist dieß doch, wie sich aus der zweiten Alternative ergibt, nicht wörtlich zu nehmen.

70) Vgl. die trefflichen Erörterungen bei v. Hahn S. 96 ff.

71) Vgl. den Antrag in den Prot. S. 51.

Bücher beruft, als Erforderniß des Privilegiums aufzustellen. Wenn nun auch die ausdrückliche Erwähnung dieses Momentes im Gesetze nicht adoptirt wurde, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß die Rücksichtnahme darauf von bedeutendem Einflusse bei Abwägung der Beweistüchtigkeit des Buches sein muß. Bücher eines Mannes, der einer Verurtheilung wegen Betruges, Unterschlagung oder Meineides unterlegen ist, werden trotz ordnungsmäßiger Führung wenig Glauben verdienen. Dagegen werden durch anerkannte Solidität und alten wohlbegründeten Ruf eines Handelshauses dessen Bücher wesentlich in ihrer Glaubwürdigkeit erhöht [72]). Das Privatleben des Beweisführenden wird im Allgemeinen nicht in Betracht zu kommen haben; doch wird auch in dieser Hinsicht sich der Richter nicht entschlagen können, den Büchern eines im sonstigen Leben erprobten Ehrenmannes mehr zu glauben, als jenen eines leichtsinnigen, unzuverlässigen Menschen oder eines bekannten Chikaneurs. Selbst die Art des Geschäftsbetriebes kann unter Umständen von Bedeutung werden; ein schwindelhafter Verkehr macht die Bücher desjenigen, der sich damit abgibt, immerhin einigermaßen unzuverlässig.

Sind die Bücher nicht vom Prinzipal selbst geführt, so wird auch die Persönlichkeit des Gehülfen, welcher die Buchführung besorgt hat, von Einfluß sein. Einem, von einem lang erprobten, geschickten Buchhalter geführten Buche gebührt sicherlich mehr Kredit, als einem, das in den Händen eines unerfahrenen, untauglichen Gehülfen sich befindet.

b) Die Beschaffenheit des gebuchten Geschäftes.

In den meisten Fällen wird eine unbefangene Anschauung des Geschäftes nur zu der Ansicht führen, daß es geschlossen und zwar so, wie behauptet, geschlossen sein könne, ebensowohl aber, daß es nicht oder doch anders geschlossen sein könne. Allein es lassen sich doch Fälle denken, in denen aus der Behauptung selbst sich entweder die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit derselben ersehen läßt.

---

[72]) Man hat hiergegen (Prot. S. 940) eingewandt, der Art. 34 Abs. 1 setze schon einen unbescholtenen Mann als Beweisführer voraus; unbescholtener als unbescholten könne aber Niemand sein. Dieß ist nicht richtig; der Art. 34 Abs. 1 setzt nur voraus, daß gegen die Glaubwürdigkeit des Buchführenden Nichts vorliegt, daß sein Ruf so zu sagen indifferent ist; es kann nun aber der Ruf ein im Guten begründeter sein, und für die Glaubwürdigkeit schon etwas vorliegen.

Hat etwa zwischen den Parteien ein lebhafter Verkehr und gerade in Geschäften ähnlicher Art stattgefunden, ist eine gewisse Tilgungsart schon seit Jahren unter den Parteien üblich gewesen und nachgewiesen, so wird man der Behauptung eines ähnlichen Geschäftsvorganges leichter Glauben schenken.

Z. B. ein Brauer hat regelmäßig im November 1850—1860 eine bestimmte Centnerzahl Hopfen bezogen und der Geschäftsfreund stützt sich auf einen Eintrag über dasselbe Geschäft für November 1861, oder aber der Brauer hat regelmäßig für den Hopfen sofort Accepte gegeben und hat ein Gleiches in seinem Buche für die Lieferung pro 1861 gebucht.

Andererseits, wenn der Geschäftsbetrieb des Buchenden die Abschließung eines Geschäftes, wie das eingetragene ist, als unwahrscheinlich erscheinen läßt [73]), oder wenn dasselbe mit dem Handelsbetriebe des Gegenkontrahenten nicht wohl vereinbar ist [74]), so wird Seitens des Richters billiger Zweifel an der Richtigkeit des Eintrages entstehen.

c) Das Verhalten der Parteien hinsichtlich des gebuchten Geschäftes.

Die Wahrscheinlichkeit der Thatsache, welche durch den Inhalt der Bücher bewiesen werden soll, steigt oder fällt nach der Art und Weise, wie sie geltend gemacht wird. Hat die Partei längere Zeit über das angebliche Geschäft geschwiegen, sind seit dem angeblichen Abschlusse Dinge vorgegangen, welche, die Wahrheit dieses Abschlusses vorausgesetzt, nicht wohl denkbar sein würden [75]), widerspricht eine frühere oder spätere Handlung des Buchführers selbst dem Eintrage [76]), ist anzunehmen, daß über das der Ein-

---

[73]) Z. B. ein Detailist bucht den Verkauf einer großen Quantität von einer Waare, mit der er bisher keinen Handel getrieben (v. Hahn) oder ein Brauer behauptet, Hopfen an einen anderen Brauer verkauft zu haben, obwohl er sich selbst seinen Bedarf stets erst acquiriren muß.

[74]) Z. B. Jemand behauptet, von einem Fabrikanten Rohstoffe gekauft zu haben, oder es ist der Ankauf von Steinkohlen zu 20 kr. per Centner gebucht, während der Preiskourant nicht unter 24 kr. sinkt.

[75]) Z. B. es liegt eine Anfrage vor, ob nicht die Waare um einen gewissen Preis gelassen werden könne; die Antwort lautet, daß es unmöglich sei, und inzwischen bis zum Abschlusse des angeblichen Geschäftes sind die Preise noch gestiegen.

[76]) Hierher gehört besonders der Fall, daß seinerzeit eine anders lautende Faktura übersandt wurde. Vgl. das Lübecker Erkenntniß bei Kletke II. Fortsetzung Nr. 1170.

tragung zu Grunde liegende Geschäft noch anderweite Urkunden vorhanden sein müssen, solche werden aber nicht vorgelegt, so erregt ein solches Verhalten des Produzenten mit Recht Bedenken.

Anderseits, wenn derselbe in anderen Geschäften die behauptete Thatsache offenbar vorausgesetzt hat, wenn er seines Theiles die Erfüllung der ihm gegen die andere Partei obliegenden Verpflichtungen nicht verweigerte, oder aber wenn der Gegner auf leeren Ausflüchten betroffen wird und z. B. Urkunden, die bei Begründetsein der Ableugnung in seinen Händen sein müßten, nicht vorlegt, so wird sich die Glaubwürdigkeit des Eintrages wesentlich erhöhen.

11) Wo die Handelsbücher nicht übereinstimmen.

Schon der Preußische Entwurf hatte als Grundlage für die privilegirte Beweiskraft der Handelsbücher die gegenseitige Kontrole festgehalten. „Die Gefahr" (sagen die Motive [77]), „welche darin liegt, daß die eigene Schrift zu Gunsten des Ausstellers beweisen kann, wird unter Kaufleuten fast gänzlich dadurch beseitigt, daß beide Theile Handelsbücher führen und so sich gegenseitig kontroliren können." Dieser Gesichtspunkt ist auch bei den Berathungen stets hervorgehoben worden und der Art. 34 Abs. 2 setzt offenbar als ganz selbstverständlich voraus, daß stets die Bücher beider Parteien dem Richter vorliegen [78]).

Daraus ergibt sich, daß in der Berufung auf den Inhalt des eigenen Buches stillschweigend und selbstverständlich das Verlangen der Vorlage des betreffenden Buches des Gegners enthalten ist. Dieses ergibt sich auch, wenn erwogen wird, daß die Worte „von Amtswegen" in Art. 37 nur mit Rücksicht auf die im deutschen Prozesse übliche Verhandlungsmaxime beseitigt wurden; denn sobald eine Partei zu dem Beweismittel der kaufmännischen Geschäftsbeurkundung gegriffen hat, würde es der Verhandlungsmaxime geradezu widersprechen, wenn der Richter sich mit der einen Seite dieser Beurkundung begnügen und nicht dem Antrage der Partei materiell entsprechend sämmtliche hiezu dienlichen Beweismittel erheben wollte.

12) Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind.

Der Begriff der Unregelmäßigkeiten ergibt sich aus dem Gegensatze der Ordnungsmäßigkeit. Doch werden als Unregelmäßigkeiten nicht blos offen=

---

[77]) Seite 24.

[78]) Es müßte sonst offenbar heißen: „ob in dem Falle, wo auch das Handelsbuch des anderen Theiles vorliegt und die Bücher beider Theile nicht übereinstimmen u. s. w."

bare Fehler gegen die vorgeschriebenen Formvorschriften, z. B. Rasuren, Korrekturen u. s. w. anzusehen sein, sondern auch jene Fälle dahin gehören, in welchen zwar äußerlich der Eintrag in Ordnung ist, aber innere oder äußere Gründe denselben als einen unregelmäßigen erscheinen lassen [79]), insbesondere wenn er nach den Regeln der Handlungswissenschaft nicht zu dieser Zeit oder nicht in diesem Buche oder nicht an dieser Stelle stehen sollte [80]).

13) Nach Lage der Sache geeignet erscheint.

Wenn man, wie oben erörtert, die Beweiskraft der Handelsbücher nicht als eine singuläre Ausnahme, sondern als natürliche Folge ihrer Eigenschaft als Zeugniß auffaßt, so ergibt sich auch sofort, daß einzelne Unregelmäßigkeiten unmöglich die ganze Beweiskraft der Bücher vernichten können. Allerdings, wenn die Ordnungswidrigkeit die zu beweisende Thatsache selbst betrifft, so ist die Kraft eines Zeugnisses vernichtet; es liegt kein unverdächtiges, sondern ein dem Verdachte der Falschheit unterworfenes Zeugniß vor, welches schon aus formellen Gründen keine Berücksichtigung verdient.

Ist aber die Unregelmäßigkeit eine solche, welche an sich auf die in Frage stehende Thatsache ohne allen Einfluß ist, so wird nicht das Zeugniß über diese Thatsache selbst alterirt, sondern es kann nur unter Umständen dadurch die Glaubwürdigkeit desjenigen, der das Zeugniß ablegt, geschwächt werden.

Ist z. B. in dem Journale, auf welches sich zum Beweise der rechtzeitigen Ausführung eines Geschäftes berufen wird, das Datum der angeblichen Waarenübersendung radirt, so kann natürlich diese Buchung als eine glaubhafte niemals angesehen werden [81]). Findet sich aber an irgend einer anderen Stelle des Buches eine ungehörige Rasur, so wird dadurch der Eintrag, auf welchen es ankommt, noch nicht alterirt. Allein unter Umständen ist der Schluß gerechtfertigt, daß, wer überhaupt bei der Buchung seiner Geschäfte sich vor Radiren u. s. w. nicht scheut, kein glaubwürdiger Buchführer ist. Daraus folgt übrigens, daß sehr viel darauf ankommt, an

---

[79]) Z. B. wenn aus dem Orte, an welchem ein Eintrag steht, aus der Größe der Schriftzüge, aus der Kürze, aus der Farbe der Dinte sich der Verdacht, daß der Eintrag erst nachträglich gemacht wurde, ergibt (Hahn S. 96 Note 5).

[80]) Z. B. wenn nur alle Monate gebucht wird, vgl. Busch Archiv Bd. II S. 164. Ueber die Einrede der Unmöglichkeit ordentlicher Buchführung s. ebenda Bd. X S. 314.

[81]) Sie kann immerhin wahr, es kann nur ein Irrthum untergelaufen und die Rasur eine Ungeschicklichkeit sein; allein darauf darf, wo es sich um formalen Beweis handelt, nicht eingegangen werden.

welchen Orten sich Unregelmäßigkeiten vorfinden, indem hiervon der Schluß auf die Absicht und die Fähigkeit des Buchführers wesentlich abhängt.

Art. 36.

Die Eintragungen in die Handelsbücher können, unbeschadet ihrer Beweiskraft, durch Handlungsgehülfen bewirkt werden.

Pr. E. Art. 56. I. E. Art. 34. II. E. Art. 35. Prot. S. 99, 934.

Dieser Artikel stimmt scheinbar nicht mit dem Systeme des Handelsgesetzbuches; im Pr. E., in welchem (wie zum VI. Titel näher erörtert ist) zwischen Faktoren und einfachen Handlungsgehülfen unterschieden war, fand sich, von der Erwägung ausgehend (Motive S. 34), „daß sich in dem Punkte der Buchführung die Stellung der Handlungsgehülfen dem Faktorenverhältnisse nähere" folgende Bestimmung (Art. 56):

die Vermerke in den Handelsbüchern, welche durch die mit Führung der Bücher beauftragten Handlungsgehülfen geschehen, haben dieselbe Wirkung, als wenn die Eintragung durch den Prinzipal selbst erfolgt wäre.

In dieser Weise, nur unter Vertauschung des Wortes Vermerke mit E i n t r a g u n g e n wurde der Artikel in den I. Entwurf aufgenommen, obgleich das im Preußischen Entwurfe hinsichtlich der Handlungsgehülfen adoptirte System gänzlich verändert worden war.

In der zweiten Lesung erhoben sich denn auch alsbald Anstände gegen die fragliche Bestimmung. Einestheils erschien dieselbe zu eng, da darin nur die von dem eigentlichen Buchhalter gemachten Eintragungen begriffen seien, während doch dasselbe auch von solchen Einträgen gelten müsse, welche bei einer Verhinderung des Buchhalters von einem anderen dazu beauftragten Handlungsgehülfen bewirkt würden (Prot. S. 934). Anderseits aber stellte sich die Tragweite des Artikels als gefährlich dar, „indem hiernach z. B. ein ungerechtfertigter Eintrag des Buchhalters zu Gunsten eines mit ihm kolludirenden Dritten dieselbe Bedeutung und Wirksamkeit dem Prinzipal gegenüber haben würde, wie ein von diesem selbst bewirkter Eintrag, daher der Prinzipal, um zum Beweise der Unrichtigkeit des Eintrages zugelassen zu werden, den Beweis eines Irrthumes des Buchhalters zu führen habe, während doch der Prinzipal nach unzweifelhaft richtigen Grund=

sätzen hier ohne Weiteres mit dem direkten Gegenbeweise gehört werden müsse" (Prot. S. 935).

Es wurde beschlossen, den Artikel so zu fassen:

„Die Eintragungen in den Handelsbüchern können auch durch die dazu beauftragten Handlungsgehülfen geschehen", und hiezu einen (von der Redaktionskommission zu formulirenden) Zusatz zu machen, „wonach der Umstand, daß die Bücher nicht von der Hand des Prinzipales geführt wurden, für sich allein auf die Beweisfähigkeit der Handelsbücher keinen Einfluß habe."

Es ergab sich sonach die obige Fassung. Dem jetzigen Systeme entsprechend, wonach die Handlungsgehülfeneigenschaft mit dem Dienstverhältnisse zusammenhängt und von der Stellvertretung, der Handlungsbevollmächtigung unterschieden ist, hätte man anstatt des Wortes „Gehülfen" den Ausdruck „Bevollmächtigte" erwarten sollen.

Wenn diese Fassung bemungeachtet nicht gewählt wurde, so leitete hiebei den Gesetzgeber offenbar die Erwägung, daß das Führen der Bücher seinem mechanischen Theile nach nicht als „Stellvertretung in Handelsgeschäften" erscheint, und es ergibt die Fassung daher den richtigen Satz, daß die Eintragungen in die Bücher durch Handlungsgehülfen nicht in der Funktion als Dispositionsakte oder Geständnisse wirken, daß der Prinzipal hiebei nicht hinsichtlich seiner Willenserklärungen durch den Buchführer vertreten wird, sondern die Handlung des Einschreibens durch den letzteren nur als eine faktische Dienstleistung angesehen werden soll.

Es ist daher in dem Artikel nicht gesagt, der Eintrag in einem Handelsbuche gelte als von dem Prinzipal gemacht, wenn er von dessen Handlungspersonal bewirkt wurde, sondern der Gegner kann dem Buche die Einrede nicht entgegensetzen, dasselbe beweise nicht, weil es nicht vom Prinzipale selbst geführt worden sei.

Eben deshalb mußten aber auch die in der Fassung des Artikels nach dem Beschlusse der zweiten Lesung enthaltenen Worte: „die dazu beauftragten" hinwegbleiben; denn es ist keineswegs nothwendig, erst den Beweis zu führen, daß der Buchführer zu dem Geschäfte von dem Prinzipale beauftragt war, um dem Buche seine regelmäßige Beweiskraft zu sichern [1]).

Dagegen ist das Moment der Auftragsertheilung allerdings von großer Bedeutung, wenn es sich um die Beweiskraft der Einträge gegenüber dem Prinzipale handelt. Daß der Artikel in diesem Falle überhaupt keine An-

---

[1]) Busch im Archiv Bd. I S. 7 ist hierüber anderer Ansicht und glaubt, daß die fraglichen Worte durch die Kritik supplirt werden müßten.

wendung finde [2]), läßt sich bei seiner allgemeinen Fassung nicht annehmen; an und für sich bezeugt eben das Geschäftsbuch, soferne es nur ordnungsmäßig geführt ist, überhaupt alles, was im Geschäfte vorging, und es ist daher Sache des Prinzipales, nachzuweisen, daß ein Eintrag unbefugter Weise geschehen sei. Vermag er dieses, so ist allerdings die Beweiskraft zerstört, und zwar ist es von gleicher Folge, ob ein Handlungsgehülfe (oder auch ein Dritter) ohne Auftrag sich der Buchführung unterzogen hat, oder ob der damit Beauftragte (der Buchhalter u. s. w.) unberechtigter Weise gehandelt und eine ungehörige Buchung vorgenommen hat, da die Beauftragung zur Buchführung oder ein Befehl zu einer Dienstleistung nicht eine Ermächtigung zur Stellvertretung in sich schließt, und daher Art. 58 Abs. 2 in diesem Falle keine Anwendung findet [3]).

Art. 37.

Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei verordnen. Geschieht die Vorlegung nicht, so wird zum Nachtheil des Weigernden der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen.

Pr. E. Art. 37. I. E. Art. 38. II. E. Art. 36. Prot. S. 942, 944 ff.

1) Dieser Artikel, ursprünglich dem Französischen Rechte [1]) entlehnt,

---

[2]) Wie z. B. v. Kräwel, Kommentar S. 35 meint, wogegen mit Recht Busch a. a. O. polemisirt.

[3]) Nur dahin gingen die oben zitirten, in der Konferenz erfolgten Aeußerungen, keineswegs aber dahin, daß ein an sich von einem angestellten Buchhalter ordnungsgemäß geführtes Buch gegen den Prinzipal nicht beweiskräftig sein solle.

[1]) (Code de commerce) Art. 15.

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

Art. 17.

Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie.

ist dem Entwurfe zum d. Reichshandelsgesetzbuche [2]) durch den Preußischen Entwurf entnommen, und hat auch im Laufe der Berathungen keine durchgreifende und damit prinzipielle Aenderung erfahren, sondern lediglich eine Modifikation. Der Preußische Entwurf (Art. 37) hatte die Anordnung der Vorlage von Amtswegen beibehalten, als Folge der Verweigerung die Eidesauflage festgehalten und nur dem Richter die Befugniß eingeräumt, „mit Rücksicht auf die Umstände des Falles" von dem Eide abzusehen. Dagegen wurde erinnert [3]), daß dieser Artikel der Verhandlungsmaxime widerspreche und in ungeübter Hand sehr gefährlich wäre, ferner, daß man hinsichtlich der Folgen des Ungehorsams keiner Eidesauflage mehr bedürfe. Hierauf wurde die jetzige Fassung gewählt.

Die Grundidee des Preußischen Entwurfes ist hiernach unverändert geblieben [4]); dieser aber wollte nicht ein eigenes System über Edition der handelsgeschäftlichen Urkunden überhaupt aufstellen, er wollte auch nicht in Bezug auf Handelsbücher nur die eine oder andere Bestimmung der prozessualen Vorschriften über Urkundenedition ändern; es bezieht sich die Gesetzesbestimmung gar nicht auf die Frage, wann die eine Partei vor der anderen die Edition von Urkunden (Handelsbüchern oder anderen) verlangen könne, sondern es sollte damit dem Richter die Befugniß ertheilt werden, zu seiner eigenen besseren Aufklärung über den Inhalt der Geschäftsbücher einer Partei sich Kenntniß zu verschaffen. Wenn nun auch die vom Pr. E. beabsichtigte diskretionäre Befugniß des Richters nicht im Gesetze beliebt, sondern die Anwendung von einem vorhergehenden Parteiantrage abhängig gemacht wurde, so werden doch auch nach dem Handelsgesetzbuche die Bücher nicht der Gegenpartei, sondern dem Richter vorgelegt, die Gegenpartei hat nur das Antragsrecht und wird bei der Einsichtnahme zugezogen. Der Grund dieser Einrichtung liegt in der rechtlichen Natur der Handelsbücher. In der Regel ist Niemand verbunden, dem Gegner seine eigenen Aufzeichnungen vorzulegen; man kann solche

---

[2]) Titel II Art. 15 vgl. über die Geschichte des Artikels v. Hahn, Kommentar S. 105.

[3]) In erster Lesung (vgl. Prot. S. 57 ff.) blieb der Artikel unbeanstandet, erst in zweiter Lesung (Prot. S. 942) wurden die schon im Archiv für civilistische Praxis (Bd. XXXIII S. 73 ff.) erhobenen Beanstandungen vorgebracht, und daraufhin der ganze Artikel gestrichen; später (Prot. S. 944—947) wurde er jedoch in der jetzigen Fassung wieder adoptirt. Der Praxis hat die Aenderung keinen Dienst geleistet.

[4]) Vgl. das Erk. des Nürnberg. HAG. in der Sammlung Bd. II S. 240 ff.

Aufzeichnungen nicht einmal Urkunden im eigentlichen Sinne, noch weniger gemeinschaftliche Urkunden nennen [5]). Allein die Handelsbücher sind eben keine einfachen Privataufzeichnungen, sondern dieselben erscheinen als Beurkundungen, welche die Kaufleute nach dem Willen des Gesetzes über ihre Geschäfte aufnehmen sollen [6]). Die angeordnete Vorlage der Bücher bezweckt also nur die Benutzung der mit einer Art von öffentlichem Glauben versehenen, gesetzlich gebotenen Konstatirungen zur Ermittlung der Wahrheit, demnach offenbar etwas rechtlich von demjenigen Falle wesentlich Verschiedenes, in welchem die eine Partei von der anderen die Herausgabe gemeinschaftlicher oder auch anderer Dokumente als von ihr zu benützender Beweismittel fordert.

Aus diesen Erwägungen, nach welchen sich die Vorschriften der Art. 37 und 38 des HGB. nicht als eine bloße Modifikation der prozessualen Bestimmungen über Urkundenedition darstellen [7]), sondern die Einführung eines neuen, selbständigen, für sich bestehenden Rechtsinstitutes angenommen werden muß, ergeben sich nachstehende wichtige Folgesätze:

a) Der Artikel 37 bezieht sich nur auf die vorgeschriebenen, noch nicht zehn Jahre alten Bücher.

Da die Bücher, welche ein Kaufmann zu führen verpflichtet ist, wie oben bemerkt, im Gesetze nicht speziell bezeichnet sind, so kommt es in dieser Beziehung allerdings auf das richterliche Ermessen und auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an [8]). Im Allgemeinen läßt sich übrigens so viel festhalten, daß der Besitz eines Kopirbuches nie abgeläugnet werden kann, weil dessen Führung in Art. 28 Abs. 2 ausdrücklich vorgeschrieben ist, desgleichen nicht die Inventare und Bilanzen (Art. 29). Ebenso wird ein Kassabuch, ein Journal (Memorial) und Hauptbuch [9]) von keinem Kaufmanne entbehrt werden können, falls er die im Gesetze vorgezeichnete Pflicht einer vollständigen Konstatirung seiner Han-

---

[5]) Prot. S. 944.

[6]) Motive zum Pr. E. S. 125.

[7]) So daß etwa nur die Voraussetzung der Gemeinschaftlichkeit hinsichtlich der Handelsbücher erlassen wäre.

[8]) Ein Mannheimer Erkenntniß in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 565 verneint (wohl mit Unrecht und mit Erinnerung an das französische System) die Pflicht zur Vorlage des „Bestellbuches."

[9]) Das heißt diejenigen Bücher, welche diesen Büchern (cf. Einleitung §. 5) entsprechen, wenn sie auch etwa einen anderen Namen tragen.

delsgeschäfte und der Lage seines Vermögens erfüllen will. Hinsichtlich anderweitiger Bücher liegt demjenigen, welcher deren Vorhandensein behauptet, der Beweis des Vorhandenseins ob; erbringt er denselben nicht, so kann dem Gegner eine Auflage nicht gemacht werden [10]).

Dasselbe gilt, wenn es sich um ein Buch handelt, welches schon zehn Jahre alt ist [11]), denn nachdem der Art. 33 den Kaufleuten die Pflicht der Aufbewahrung nur für zehn Jahre aufgelegt hat, so sind ältere Bücher nicht mehr zu jenen, vom Gesetze dem Kaufmanne zur Pflicht gemachten Konstatirungen zu rechnen, und es kann daher die Vorlage eines solchen Buches auf Grund des Art. 37 nicht begehrt werden [12]).

b) Weitere Voraussetzungen, als daß das Buch ein von dem Kaufmanne gesetzlich zu führendes oder thatsächlich geführtes ist, hat die Partei, welche die Vorlage begehrt, nicht nachzuweisen [13]). Das Gesetz hat insbesondere nicht vorgeschrieben, der die Vorlage Begehrende müsse den Inhalt der Bücher zum Voraus genau angeben, wie man dieses aus dem am Schlusse des Artikels angedrohten Präjudize hat folgern wollen [14]). Allerdings wollte das Gesetzbuch nicht ein Recht des Prozeßführenden schaffen, die sämmtlichen Bücher des Gegners beliebig zu durchsuchen und deren ganzen Inhalt einer Musterung zu unterziehen; der Artikel 37 verordnet vielmehr,

---

[10]) Doch kann der Gegner, wenn auch nicht kraft des Art. 37, so doch nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen zum Editionseide angehalten werden; vgl. v. Hahn S. 107.

[11]) Was die Berechnung des Zeitraumes betrifft, so ist mit v. Hahn S. 107 §. 4 anzunehmen, daß, im Falle nicht bewiesen wird, wann der letzte Eintrag in das Buch erfolgte, diese Frist von dem Tage an zu rechnen ist, an welchem der Eintrag über das streitige Geschäft ordnungsgemäß hätte erfolgen müssen.

[12]) Es kommt deshalb, wie v. Hahn richtig bemerkt (S. 107 §. 3 a. E.), nichts darauf an, ob der Gegner das Buch vernichtet hat, „denn die Vernichtung ist selbst dann keine dolose, wenn sich der Buchführende bewußt war, daß das vernichtete Buch Einträge über unberichtigte aber noch nicht eingeklagte Passiven enthielt." Dagegen wird auch hier der Eid über die erfolgte Vernichtung oder den Nichtbesitz im Allgemeinen begehrt werden können.

[13]) Vgl. die Erk. des Wiener obersten Gerichtshofes in Busch Archiv Bd. V S. 227 und Bd. X S. 197.

[14]) Man argumentirt hiebei so: wenn im Falle der Weigerung der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen werden soll, so muß dieser Inhalt wenigstens „als Behauptung" von der einen Seite bereits feststehen; auch v. Hahn S. 106 scheint sich dieser Ansicht anzuschließen.

wie erwähnt, daß dem Richter die Bücher offen gelegt werden, und Art. 38 beschränkt diese Offenlegung und die Befugniß zur Einsichtnahme auf den Inhalt, soweit er den Streitpunkt betrifft. Nur die Vorlage der Einträge oder Briefe über das oder über die streitigen Geschäfte kann verlangt werden. Andererseits aber ist vom Gesetzgeber nicht beliebt worden [15]), daß die Bücher lediglich als Beweismittel vorgeschlagen werden sollten; vielmehr erscheint die Vorlage derselben ihrer Natur nach als eine Art Augenscheinsvornahme zum Behufe der Ermittlung der Beschaffenheit ihres Inhaltes [16]).

Feststehen muß daher und von dem die Vorlage Verlangenden genau angegeben werden, welche Theile der Bücher eingesehen werden sollen; dagegen ist die Ermittlung des Inhaltes erst Sache des Augenscheines.

c) Nachdem durch den Art. 37 nicht etwa die bestehenden prozessualen Vorschriften über Urkundenedition ersetzt werden sollten, sondern ein neues lediglich auf die gesetzlichen Bücher beschränktes Institut geschaffen wurde, bleibt neben dem Art. 37 das sonstige Recht der Parteien, die Edition von Urkunden zu verlangen, unberührt. Selbstverständlich ist die Ausübung dieses Rechtes dann an die gewöhnlichen prozessualen Voraussetzungen geknüpft; nur wird nach der allgemeinen Richtschnur im Handelsgerichtsverfahren der Richter eine möglichst freie und dem Gebote der Billigkeit entsprechende Beurtheilung dieser Voraussetzungen eintreten lassen [17]).

Diese Edition wird besonders wichtig hinsichtlich der empfangenen Handelsbriefe; denn da diese weder dem Wortlaute nach, noch auch im Hinblicke auf das oben erörterte Motiv des Art. 37 zu den in demselben genannten Büchern gerechnet werden können, läßt sich deren Vorlage und Einsicht auf Grund des Art. 37 nicht erzwingen. Es bleibt demnach der Partei, welche sich eines vom Gegner nicht geschriebenen (denn diese letzteren können durch Verlangen der Vorlage des Kopirbuches nach Art. 37 dem Richter offen gemacht werden), sondern empfangenen Briefes als Beweismittel bedienen will, nur übrig, nach den Grundsätzen des Prozeßrechtes die Edition zu begehren.

Hinsichtlich dieser Art der Urkunden, zu welchen auch die über zehn

---

[15]) Ein desfallsiger Antrag wurde, wie die Prot. S. 944 zeigen, verworfen.

[16]) Es ist daher nicht nothwendig, daß Beweisartikel formulirt und zum Beweise derselben die Bücher als Beweismittel benannt werden.

[17]) Im bayerischen Prozesse gibt die Bestimmung der GO. Kap. XI §. 6, wonach auch Beklagter die Urkunden, deren Kläger bedarf, herauszugeben hat, „wo sonst es der Richter billig finden würde," dem urtheilenden Gerichte vollkommen freie Hand.

Jahre alten gesetzlich vorgeschriebenen Bücher gehören, findet auch der Editionseid in der gewöhnlichen Weise statt.

2) Im Laufe eines Rechtsstreites.

Das Gesetz hat über den Zeitpunkt, in welchem das Verlangen auf Vorlage der Handelsbücher des Gegners gestellt werden soll, nichts Näheres festgesetzt [18]). Man kann nun annehmen, daß der Nachdruck der obigen Stelle auf dem Worte Rechtsstreit liege und damit gesagt werden wolle, die Editionspflicht nach Art. 37 erstrecke sich nur auf den Fall eines Prozesses und über die Verbindlichkeit zur Edition außer dem Prozesse habe eine Bestimmung nicht getroffen werden wollen; so daß die Frage, ob ein Parteiantrag auf Vorlage der Handelsbücher rechtzeitig gestellt sei, nach den Vorschriften der einschlagenden Prozeßgesetze zu beurtheilen wäre [19]).

Allein diese Ansicht erscheint als zu enge. Vor Allem steht derselben entgegen der allgemeine Ausdruck des Gesetzes: im Laufe eines Rechtsstreites, ein Ausdruck, der nach gewöhnlichem Sprachgebrauche doch nur als „jederzeit, so lange ein Rechtsstreit dauert", interpretirt werden kann. Sodann ist zu erinnern, daß eben der Art. 37 keineswegs nur eine Erweiterung der Editionspflicht, sondern das Mittel zur Aufklärung des Sachverhaltes zuvörderst für den Richter schaffen wollte; woraus sich ergibt, daß dieses im Interesse der materiellen Wahrheit gegebene Mittel auch nicht an die formelle Beweisfrist gebunden sein kann [20]). Endlich läßt sich kein Grund ersehen, weshalb namentlich in Handelssachen von den gleichsam mit öffentlichem Glauben versehenen kaufmännischen Beurkundungen nicht zu jeder Zeit Gebrauch gemacht werden sollte [21]).

3) Kann.

Die Partei ist nicht unbedingt berechtigt, die Vorlage der Bücher des

---

[18]) Vgl. das Erkenntniß des Nürnberger Handelsapp.-Ger. in der Sammlung Bd. I S. 479.

[19]) Vgl. das Erk. des Wiener obersten Gerichtshofes in Busch Archiv Bd. IV S. 296 ff., worin auch ausgesprochen ist, daß die Vorlegung der Bücher gefordert werden kann, wenn auch das betreffende Rechtsverhältniß vor Einführung des a. d. HGB. entstanden ist.

[20]) Es ist, wie in Note 15 bemerkt, die Auffassung der Vorlage als Beweismittel verworfen worden.

[21]) Man darf nicht immer an Verspätung denken; der Regel nach werden solche Anträge schon im ersten Verfahren, also früher, als die meisten Prozeßgesetze dieselben gestatten würden, vorkommen.

Gegners zu erzwingen; das Gesetz hat, indem es sich des Ausdruckes bedient: „der Richter kann anordnen", dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, in wie weit dasselbe einen derartigen Antrag als relevant erachte [22]). Bestimmend für dieses Ermessen wird insbesondere sein, ob der Antragsteller ein Interesse an der Vorlage hat, ob die verlangten Bücher von Erheblichkeit für Aufklärung der Sache sind [23]), und ob nicht etwa blos Chikane oder die Absicht einer Prozeßverzögerung dem Antrage zu Grunde liegt.

Wenn nach den Regeln kaufmännischer Buchführung ein Geschäftsvorgang überhaupt nicht gebucht wird, so ist es selbstverständlich, daß die Bücher darüber keinen Aufschluß geben können [24]); es wird daher in einem solchen Falle dem Antrage auf deren Vorlage nicht stattzugeben sein.

4) Auf Antrag.

Der Antrag der Partei besteht in dem Verlangen, der Richter möge die Vorlage der Bücher anordnen; eines Gesuches um Ansetzung eines Termines zur Produktion bedarf es nicht [25]), vielmehr hat der Richter das Geeignete selbst anzuordnen.

Nachdem, wie oben erörtert, das in Art. 37 normirte Rechtsinstitut nicht rein prozessualer Natur ist, so kann auch die Bescheidung des Antrages auf Vorlage der Bücher nicht unter die formalen Vorschriften des Prozeßrechtes gestellt werden. Die Ablehnung eines Antrages durch den Richter verhindert daher die Partei nicht, im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites, wenn sich von Neuem Anlaß bietet, wiederholt auf das Begehren zurückzukommen [26]).

Das Verlangen der Büchervorlage kann übrigens auch stillschweigend

---

[22]) Vgl. die Erkenntnisse in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 478, Bd. II S. 243.

[23]) Anderer Ansicht scheint das in Busch Archiv Bd. VI S. 133 abgedruckte Erkenntniß des OAGerichts zu Jena zu sein.

[24]) So z. B. wenn ein bedingtes Geschäft geschlossen sein soll, die Bedingung aber nicht eingetreten ist. Vgl. den Fall des in Note 22 citirten ersten Erkenntnisses.

[25]) Ebenso entschieden in einem Erk. des österreichischen obersten Gerichtshofes v. 8. März 1866 (Busch Archiv Bd. X S. 195).

[26]) Noch weniger kann daher der Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes (Busch Archiv Bd. X S. 191) beigepflichtet werden, wonach die Partei deren Antrag vom Richter mit Stillschweigen übergangen wurde, falls sie nicht hiergegen Rekurs einlegte, mit Erneuerung des Gesuches ausgeschlossen sein soll.

durch konkludente Handlungen erklärt werden; ein solches stillschweigendes Begehren liegt stets in der Antretung eines Beweises durch die eigenen Handelsbücher. (Vgl. Art. 34 Nr. 11).

5) Einer Partei.

Daß das Verlangen der Büchervorlage nicht blos in Handelssachen zuläßig ist, bezeugen der allgemeine Ausdruck „im Laufe eines Rechtsstreites" und die Beispiele des Art. 40 [27]). Aber auch hinsichtlich der Person des zum Verlangen der Vorlage Berechtigten ist eine Beschränkung nicht gemacht; es ist insbesondere das Recht des Art. 37 nicht auf die Kaufleute beschränkt. Auch der Nichtkaufmann, welcher eine Forderung gegen einen Kaufmann hat, oder welcher von einen Kaufmanne verklagt wird, kann die Vorlage der Bücher seines Gegners begehren [28]).

Dagegen erstreckt sich die Pflicht der Vorlage natürlich nur auf Kaufleute und zwar auf Vollkaufleute. Handeltreibende der in Art. 10 aufgezählten Kategorieen sind nicht nach Art. 37 zu behandeln (vgl. S. 75).

6) Des sich Weigernden.

Der Ausdruck weigern bedeutet ein absichtliches Zuwiderhandeln gegen ein Gebot. Es genügt also, um das Präjudiz des Art. 37 zu verwirklichen, nicht schon, daß der Gegner die verlangten Bücher thatsächlich nicht vorgelegt hat; er muß sich dessen weigern, das heißt er muß sie besitzen und doch nicht vorlegen. Daraus folgt, daß der Besitz auf Seite des Gegners feststehen muß. Nachdem nun der Art. 28 die Führung gewisser Bücher dem Kaufmanne zur Pflicht macht, so ist, wenn es sich um die Vorlage solcher Bücher handelt, im Allgemeinen anzunehmen, daß dieselben auch wirklich vorhanden sind, und es kann daher demjenigen, der diesen Besitz behauptet, ein weiterer Beweis vorerst nicht obliegen.

Es fragt sich nun, was Rechtens sei, wenn der Gegner angibt, daß er ohngeachtet der gesetzlichen Vorschrift die verordneten Bücher nicht geführt oder daß er sie zwar geführt habe, aber nicht mehr besitze.

Hierüber besteht eine Kontroverse. Zwar darin herrscht Uebereinstimmung, daß derjenige, welcher beweist, es seien ihm die Bücher, deren Vorlage begehrt wird, ohne sein Verschulden abhanden gekommen, dem Präjudize des Art. 37 nicht unterworfen werden kann; in solchem Falle kann

---

[27]) Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten vom österr. obersten Gerichtshofe (Busch Archiv Bd. IX S. 54). Man könnte sich hierfür darauf berufen, daß das Handelsgesetzbuch überhaupt nur für Handelssachen gegeben ist.

[28]) Vgl. das Erk. des österreichischen obersten Gerichtshofes v. 3. Juli 1866 in Busch Archiv Bd. X S. 196.

von einer Weigerung nicht gesprochen werden. Dagegen wird bestritten, daß dieser Beweis durch den Editionseid erbracht werden könne [29]); jedoch mit Unrecht. Das Gesetz hat keineswegs die Bestimmung des gemeinen Rechtes beseitigen wollen, daß derjenige, welcher sich außer Stand erklärt, eine von ihm besessene Urkunde vorzulegen, seinen guten Glauben und die Abwesenheit böswilligen Abläugnens mittelst eines Eides bestätigen könne und bestätigen müsse; vielmehr wurde bei Annahme des Art. 37 [30]) ausdrücklich erklärt „daß selbstverständlich die Ableistung eines Editionseides, wo derselbe als statthaft erscheine, nicht ausgeschlossen werden solle. Darüber aber, daß dem Besitzer die begehrten Urkunden ohne Wissen und Willen abhanden gekommen sind, ist der Editionseid allerdings nach den geltenden Prozeßgesetzen statthaft.

Was nun weiter den Fall betrifft, daß derjenige, dessen Bücher begehrt werden, solche Bücher, wie sie das Gesetz vorschreibt, gar nicht geführt oder dieselben vor Ablauf von zehn Jahren vernichtet hat, so ist vor Allem auch hier der die Vorlage Begehrende jedenfalls berechtigt, von dem Gegner den Editionseid über den Nichtbesitz zu verlangen.

Wenn nun aber feststeht, daß die gesetzlich verordnete Buchführung wirklich unterblieben ist, oder daß die geführten Bücher nicht mehr existiren, so soll nach der einen Meinung ohne Weiteres als Strafe der Nachtheil eintreten, daß nunmehr Alles, was derjenige behauptet, welcher die Vorlage begehrt, als wahr angesehen werde [31]). Allein diese Ansicht geht zu weit und stellt sich als zu strenge dar. Wäre diese schwere Folge der Zuwiderhandlung gegen Art. 28 oder 33 vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen, so hätte er dieselbe offenbar ausdrücklich androhen müssen; denn sie würde ja weit über die Wirkung einer disziplinären Bestrafung hinausgreifen, während doch selbst eine solche in das Gesetz nicht aufgenommen wurde. Sie würde aber auch den Zweck der Beweistüchtigkeit der Bücher weit überschreiten, und mit dem sonstigen Systeme des Gesetzbuches, sowie mit den Grundsätzen der Billigkeit im Widerstreite stehen [32]).

---

[29]) Vgl. v. Hahn S. 107.

[30]) Vgl. Prot. S. 946.

[31]) So v. Hahn S. 107.

[32]) Man vergegenwärtige sich nur die Folgen dieser Aufstellung im praktischen Leben: A weiß z. B., daß der Kaufmann B, welcher sein bisher in Nürnberg betriebenes Geschäft aufgegeben, aus Anlaß seiner Uebersiedlung nach Augsburg seine Bücher verbrannt hat, sei es aus Unkenntniß des Art. 33 oder weil er sich bewußt ist, alle seine Verbindlichkeiten erfüllt zu haben. Später etablirt

Wer keine Bücher geführt hat, oder die geführten Bücher nicht mehr besitzt, von dem kann man nicht sagen, er weigere sich, dieselben vorzulegen; denn verweigern kann man, wie oben bereits bemerkt, nur das, was man zwar zu thun vermochte, aber nicht thut, weil man es nicht thun will. Hieraus folgt, daß zwar derjenige, welcher die Buchführung absichtlich und im bösen Glauben unterlassen oder seine Bücher dolose vernichtet hat, dem die Vorlage Verweigernden gleichzustellen ist, daß aber im Uebrigen auch hier Alles auf die thatsächlichen Verhältnisse und das billige Ermessen des Richters ankommt.

Nur dann also, wenn der Richter nach Erwägung aller Umstände festgestellt hat, daß der Gegner für einen die Vorlage Verweigernden zu erachten sei, kann der im Art. 37 angedrohte Nachtheil verwirklicht werden. Ist dieses nicht der Fall, muß vielmehr angenommen werden, daß der Gegner faktisch außer Stande ist, dem Auftrage zu gehorchen und daß er sich auch nicht böswillig in diese Unmöglichkeit versetzt hat, so kann das Präjudiz wider ihn nicht in Anwendung gebracht werden.

Dagegen wird diesem Umstande immer noch in der Beziehung Rechnung getragen werden dürfen, daß der Richter dem Inhalte der Bücher desjenigen, welcher vergeblich die Vorlage der gegnerischen Geschäftseinträge begehrt hat, eine erhöhte Glaubwürdigkeit beimessen kann.

7) Das Gesetz beschränkt die Fiktion darauf, daß der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen werde. Es wird demnach nicht die Behauptung selbst als vollbewiesen erachtet und mit Recht. Denn der als wahr lediglich fingirte Inhalt der verweigerten Bücher vermag keinenfalls mehr zu beweisen, als der wirklich vorliegende. Nachdem nun zufolge des Art. 34 Abs. 2 immerhin das richterliche Ermessen darüber eintritt, in wie weit dem Inhalte des gegnerischen Buches Glauben beizumessen sei und der Bucheintrag nicht unbedingt vollen Beweis macht, so kann auch im Falle des Art. 37 Abs. 2 nicht ohne Weiteres dasjenige, was durch den behaupteten Inhalt dargethan werden soll, als erwiesen angenommen werden, sondern nur die Thatsache gilt als festgestellt, daß das gegnerische Buch den behaupteten Inhalt gehabt habe. In wie weit dann aus diesem Inhalte die erhobene Forderung oder Gegenfor-

---

B ein neues Geschäft in Augsburg und nun tritt A auf und behauptet mit Bezugnahme auf die gegnerischen Geschäftsbücher, er habe dem B vor vier Jahren eine Partie Waaren gesendet und dieser habe ihn dafür mit 2000 fl. erkannt. Soll in diesem Falle wirklich B Alles zahlen müssen, was man auf die verbrannten Bücher hin von ihm fordert?

derung als bewiesen gefolgert werden müsse, ist nach den Vorschriften des Art. 34 zu beurtheilen.

Art. 38.

Wenn in einem Rechtsstreite Handelsbücher vorgelegt werden, so ist von dem Inhalte derselben, soweit er den Streitpunkt betrifft, unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen und im geeigneten Falle ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Richter insoweit offen zu legen, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung nothwendig ist.

Pr. E. Art. 37. I. E. Art. 38. II E. Art. 37. Pr. S. 60, 942, 944.

Der vorstehende Artikel bestimmt ein Doppeltes: einmal, daß die Einsicht der Bücher unter Zuziehung der Parteien zu geschehen hat, daß also die Gegenpartei sich nicht damit begnügen muß, wenn ihr nur ein Auszug aus den Büchern gegeben wird, daß der Richter aber die Originalien für sich allein einsieht und prüft [1]).

Andererseits aber enthält der Artikel die wichtige Vorschrift, daß die Pflicht der Vorlage sich nur auf den für den konkreten Rechtsstreit relevanten Inhalt der Bücher bezieht. Die Gegenpartei hat nach der Bestimmung des Artikels gar keinen Anspruch, mehr zu sehen, als den in Frage stehenden Eintrag; der Richter aber hat die weitere Befugniß, die Bücher ihrer allgemeinen Beschaffenheit und ihrem Inhalte nach so weit zu prüfen, als er dessen bedarf, um sich über die Art und Weise ihrer Führung zu vergewissern und über die letztere ein sicheres Urtheil zu gewinnen [2]).

Hinsichtlich dieser letzteren Berechtigung ist es dem Takte des Richters

---

[1]) Die Partei kann auch einen Sachverständigen mit zur Einsichtnahme zuziehen, vgl. das Erk. in der Sammlung handelsger. Entscheid. in Bayern Bd. I S. 8 ff.

[2]) Die ordnungsgemäße Führung hat der Richter zu prüfen; das von den Notaren ihren Beglaubigungen der Auszüge hie und da beigefügte Zeugniß, es seien die Bücher gebunden, paginirt und ordnungsmäßig geführt, ist daher werthlos und unnöthig.

überlassen, wie weit er gehen will; gegen offenbar ungehörige Neugierde oder mißverstandenen Eifer ist der Kaufmann dadurch geschützt, daß das Gesetz dem Richter nicht die Befugniß einräumt, die Bücher beliebig zu durchmustern, sondern nur das Recht, von der Partei die Offenlegung aller Stellen zu verlangen, welche er zur Beurtheilung der Glaubwürdigkeit für geboten erachtet. Der Buchführende kann deshalb, wenn er die begehrte Einsicht für unnöthig oder überflüssig hält, dieselbe ablehnen und den höheren Richter darüber entscheiden lassen [3]).

2) Die Frage, was als „Inhalt eines Buches, soweit er den Streitpunkt betreffe", anzusehen sei, bietet in der konkreten Beantwortung nicht selten die erheblichsten Schwierigkeiten. So lange es sich um den Abschluß und die Bedingungen eines gewissen Geschäftes handelt, ist die Beantwortung einfach; es werden diejenigen Folien und auf denselben diejenigen Stellen offen gelegt, welche Einträge über dieses gewisse Geschäft enthalten [4]). Wird das Resultat einer längeren Geschäftsverbindung in Streit gezogen, so werden aus dem Hauptbuche das Konto des Geschäftsfreundes und aus den übrigen Büchern diejenigen Einträge, auf welchen das Konto basirt, offen zu legen sein.

Das Register wird auf Verlangen bei jedem Buche offen gelegt werden müssen und es wird daraus zu entnehmen sein, ob nicht Einträge der Bücher im Hauptkonto vergessen sind.

Nicht so einfach stellt sich die Sache, wenn die Nichtexistenz eines Geschäftsvorganges durch die Bücher dargethan werden soll; hier wird nicht umgangen werden können, diejenigen Einträge und Stellen, zwischen welchen der Zeit nach bei ordnungsgemäßer Führung der Bücher das Geschäft eingeschrieben sein müßte, offen zu legen.

Zum Beispiel: A behauptet, dem B am 10. Mai 1864 eine Summe von 600 fl. eingesandt zu haben und es wird sich auf die Bücher berufen.

---

[3]) Bei den Berathungen wurde ein großes Gewicht auf die Fernehaltung einer neugierigen Durchmusterung der Bücher gelegt (Prot. S. 944 ff.); im praktischen Leben kommt es aber in dieser Richtung nicht wohl zu Schwierigkeiten. Einerseits sind die Richter nicht so neugierig und andererseits sind die Kaufleute nicht so ängstlich, und so wird wohl eine Beanstandbnng oder Weigerung zu den seltensten Fällen gehören.

[4]) Z. B. Es behauptet A, das Haus B habe den Kaffee, um den es sich handelt, nicht am 2. Mai 1864, sondern viel später abgesandt. Hier fragt es sich natürlich nur um den Eintrag dieses Geschäftes in Memorial, Journal, Versandbuch u. s. w.

Demnach werden vom Kassabuch die Blätter vom 10. Mai, vom Journal die Einträge zwischen dem 9. Mai und 11. Mai allerdings durchgangen werden müssen.

Am schwierigsten aber ist die Frage zu entscheiden, wie es zu halten sei, wenn sich nach der Natur der Sache der ganze Geschäftsbetrieb als streitig darstellt.

Z. B. A überträgt dem B einen Artikel in Kommission für Süddeutschland mit 1% Provision von allen, und zwar auch von den direkt bei A gemachten Bestellungen; es ergeben sich Differenzen, B behauptet, es habe A weit mehr Bestellungen effektuirt, und beruft sich auf dessen Bücher.

Hier wird allerdings eine gewisse Latitude in der Offenlegung nicht wohl zu vermeiden sein, und kann lediglich das vernünftige Ermessen des Richters das richtige Maß setzen.

3) Ein Auszug aus den Büchern, wie ihn das Gesetz verlangt und wie er allein in Handelsstreitigkeiten von Werth ist, besteht nicht in einer mehr oder minder umfangreichen Notiz über den Inhalt der Bücher, sondern es versteht das Gesetz darunter eine Abschrift des Inhaltes selbst, soweit er auf die Sache sich bezieht, wörtlich und in allen Theilen mit den wirklichen Bucheinträgen übereinstimmend.

Ebenso müssen aber auch jene Auszüge beschaffen sein, welche von den Parteien selbst freiwillig z. B. als Beilagen der Klage, oder sonstiger Prozeßschriften vorgelegt werden [5]). Es ist daher durchaus unzuläßig, wie es häufig geschieht, eine Rechnung aus den Büchern zu ziehen und weil solche materiell mit denselben stimmt, zu verlangen, daß diese als „Buchauszug" angesehen werden solle; z. B.: A hat dem B am 4. März 1864 300 Pfund Kaffee à 24 Kr., am 1. Juni 1864 30 Brode Melis Netto 3 Zentner à 35 fl., am 14. Juni 1864 2 Fässer Syrup Brutto 4 Zentner Tara 50 Pfund per Zentner 15 fl. verkauft und am 20. Juni die leeren Fässer à 1 fl. zurückerhalten. Hier wird der Klage etwa folgende Beilage gegeben:

---

[5]) Da einfache Abschriften wenig zuverlässig sind und insbesondere zur Bescheinigung nicht dienlich erachtet werden können, so muß von den Prozeßführenden verlangt werden, daß sie ihre Auszüge beglaubigen lassen; wo das Original zur Hand ist, z. B. bei empfangenen Briefen, Quittungen, Schlußzetteln, sollte ohnehin sofort das Original vorgelegt werden.

Nürnberg, den 1. Dezember 1864.

Rechnung
für Herrn B in Augsburg
(Ziel 3 Monate mit 3% Sconto.)
Sandte Ihnen für Ihre werthe Rechnung und Gefahr:

			fl.	kr.
1864.	Mai 4.	300 Pfund Kaffee à 24 Kr.	120	—
"	Juni 1.	3 Zentner Melis à 35 fl.	105	—
"	" 14.	350 Pfd. Syrup à 15 fl. per Zentner	37	30
			262	30
		hievon ab 2 leere Fässer	2	—
			260	30

Die Uebereinstimmung obiger Rechnung mit den mir vorgelegten Büchern des Herrn A in Nürnberg wird bestätigt.
Nürnberg, den 2. Dezember 1864.

N. N.,
Notar.

Diese Bestätigung ist formell unwahr; denn das, was oben steht, enthalten zwar die Bücher, aber es ist nicht deren Inhalt; so, wie es oben steht, steht es nicht in den Büchern.

Ein wirklicher Auszug müßte lauten:

Auszug
aus dem Journale M. des Herrn A in Nürnberg.

Blatt 7. (oben): Mai 1864
(Zweiter Eintrag:)
— 4 — B in Augsburg soll
für ihm gesandte 300 Pfund Kaffee à 24 kr. . . . . 120 fl.

Blatt 15. (oben): Juni 1864
(Erster Eintrag)
— 1 — B in Augsburg soll
für ihm gesandte 30 Brode Melis Netto 3 Zentner à 35 fl.
Ziel 3 Monat mit 3% Sconto . . . . 105 fl.

Blatt 18 (oben) Juni 1864
(Vierter Eintrag)
— 14 — B in Augsburg soll
für an ihn verkaufte 2 Gebinde Syrup per Zentner à 15 fl.
Brutto 4 Zentner Tara 50 Pfund . . . . . 37 fl. 30 kr.

Blatt 19. (oben) Juni 1864
— 20 — B in Augsburg haben
für retournirte 2 leere Fässer à 1 fl. . . . . 2 fl.

Daß die oben stehenden Einträge wörtlich an den bezeichneten Stellen im Journale M. des Herrn A in Nürnberg sich vorfinden, wird mit dem Bemerken bestätigt, daß in dem letzten Eintrage die Ziffer 2 vor „leere Fässer" ursprünglich 3 hieß und dieselbe mit schwärzerer Dinte nachkorrigirt ist.

Nürnberg, den 2. Dezember 1864.

N. N.,
Notar.

Insbesondere es ist unzulässig, zum Behufe kürzerer Auszüge Rechnungsmanipulationen vorzunehmen, welche seinerzeit im Buche unterlassen waren, und Saldi zu ziehen, wenn keine Abrechnung stattgefunden hatte, oder wenigstens die Saldi in den Büchern nicht gezogen sind.

Z. B. A hat folgenden Kontokorrent mit B.

Credit.

1. Dezemb. 1863	Baarsendung	. . . .	100 fl.
1. Januar 1864	„	. . . .	250 fl.

Debet.

1. Mai 1863	für Waaren	. . . .	325 fl.
2. Dez. „	bitto	. . . .	112 fl.
15. Febr. 1864	bitto	. . . .	315 fl. 30 kr.

Hier kann der Gläubiger nicht folgenden Auszug geben:

Debet.

1. Jan. 1864	Saldo des Vorjahres	. . .	87 fl.
15. Febr. „	für Waaren	. . . .	315 fl. 30 kr.

Wenn jedoch in den Büchern derartige Saldi gezogen sind, so müssen dieselben allerdings in den Auszug aufgenommen werden, und es ist für zulässig zu erklären, wenn die Klage eines Kaufmannes sich auf einen solchen „Saldo voriger Rechnung" bezieht; erkennt der Beklagte diesen Saldo nicht an, so ist (in der Replik) eine weitere Darlegung des Buchinhaltes über die früheren Geschäfte allerdings nöthig [6]); eine unzulässige Klageänderung liegt aber hierin nicht [7]).

---

[6]) Diese muß bis zu einer „Zahlung per Saldo" oder einer Anerkennung des Saldo zurückgehen, weshalb der Kaufmann nie versäumen sollte, die Rechnung mit Jahresschluß vom Gegner richtig stellen zu lassen.

[7]) Vgl. die Ausführungen in dem Erk. des Lübecker OAG. v. 27. Juni 1865 bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. X S. 564.

Es ist ferner, um unnöthige Weitläuftigkeiten möglichst zu beseitigen, dem Kläger bei einer längeren Geschäftsverbindung zu gestatten, die Klage mit einem summarischen Buchauszuge, welcher die Posten der Summe nach genau, dem Inhalte nach aber nur allgemein angibt (z. B. an Waaren u. s. w.), zu belegen; der Beklagte kann angehalten werden, hiergegen eine Gegenrechnung aufzustellen und es kann erforderlichen Falls über die differirenden Posten vom Kläger replicando detaillirte Aufklärung gegeben werden.

Art. 39.

Befinden sich die Handelsbücher, welche vorzulegen sind, an einem Orte, welcher nicht zum Bezirk des Prozeßrichters gehört, so muß der Letztere das Gericht des Ortes, wo sich die Handelsbücher befinden, ersuchen, die Vorlegung der Bücher vor sich bewirken zu lassen, dabei nach den Bestimmungen des vorhergehenden Artikels zu verfahren und einen beglaubigten Auszug mit dem über die Verhandlungen aufgenommenen Protokolle zu übersenden.

I. E. Art. 39. II. E. Art. 38. Prot. S. 56, 947.

1) Von jeher hat die Praxis der Gerichte angenommen, daß die Pflicht zur Einsichtsgewährung der Handelsbücher sich nicht weiter erstrecke, als bis zur Offenlegung des in Frage stehenden Buchinhaltes am Etablissementsorte des Buchführenden [1]).

Der §. 77 des Oesterreichischen Entwurfes [2]) hatte daher die Bestimmung aufgeführt: „Handelsleute können nicht genöthigt werden, ihre Bücher einem anderen Gerichte, als dem Handelsgerichte, und wenn dieses sich nicht in dem Umkreise des Bezirksgerichtes befindet, wo die Bücher geführt werden, dem letzteren zur Einsicht vorzulegen. Es ist genug, wenn sie da, wo der Prozeß anhängig ist, nebst einem Auszuge aus dem Schuldbuche ein Zeugniß des Handelsgerichtes oder, wenn dieses außer dem Sprengel des Bezirksgerichtes seinen Sitz hat, ein Zeugniß des Bezirksgerichtes bei-

---

[1]) Vgl. die Präjudizien in Kletke Nr. 45, 46, 1156, 1157.

[2]) Beilagenband der Protokolle S. 120.

bringen, daß ihr Tage- und Schuldbuch gesetzmäßig geführt, der Auszug aus dem letzteren getreu und die darin vorkommenden Posten aus dem ersteren genau übereinstimmend übertragen seien. Ebenso ist auch bei den Auszügen aus anderen Büchern die gerichtliche Beglaubigung derselben hinreichend. Dem Gegner steht frei, die Bücher bei dem Gerichte einzusehen, welches das Zeugniß ertheilt hat, und die dabei auffallenden Bemerkungen zu Protokoll nehmen zu lassen."

Bei den Berathungen (Prot. S. 56) wurde der Antrag gestellt, diese Vorschrift, welche der Preuß. Entw. nicht enthielt, der Hauptsache nach aufzunehmen, indem sich die Gefahr des Verlustes bei einer Versendung, selbst wenn es sich um kürzere Entfernungen handle, nie ganz vermeiden lasse, überdieß aber der Kaufmann bei einer Versendung seiner Bücher gezwungen werde, deren ganzen Inhalt Dritten Preis zu geben.

Hiernach ist ein Kaufmann nicht verpflichtet, seine Bücher außer den Bezirk seines Gerichtssprengels zu versenden.

2) Das Gesetz sagt „Bezirk des Prozeßrichters" und hat daher die Limitation des österreichischen Vorschlages nicht adoptirt, indem, wenn auch das Handelsgericht, vor welchem der Prozeß geführt wird, mehrere ordentliche Gerichtssprengel (z. B. mehrere Stadtgerichts-, Landgerichts- oder Bezirksgerichts-Gebiete) umfaßt, gleichwohl die Bücher nicht etwa nur an dem Sitze des ordentlichen Gerichtes des Wohnortes, sondern auf Verlangen an dem Sitze des Handelsgerichtes produzirt werden müssen. Hiedurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß nach Befund der Sache vom Handelsgerichte auch in solchen Fällen das ordentliche Gericht des Wohnortes zur Vornahme der Einsicht requirirt, oder daß äußersten Falles durch Abordnung einer handelsgerichtlichen Kommission jede Gefährde beseitigt wird. Daß unter allen Umständen der Gegenpartei von der Verhandlung Kenntniß zu geben und ihr die Anwohnung bei dem Termine, sowie die Aufnahme ihrer Wahrnehmungen bei der Protokollirung gestattet sein muß, ist selbstverständlich.

3) Das Gesetz stellt die Befreiung von der Uebersendung der Bücher außerhalb des Gerichtssprengels ganz allgemein auf. Es ist zwar im I. Entwurfe eine wichtige Ausnahme statuirt gewesen; von der Erwägung ausgehend, daß es Fälle gebe, in denen eine Versendung der Bücher nicht umgangen werden könne, z. B. wenn ein Zeuge, der sehr weit vom Wohnorte des produzirenden Kaufmannes entfernt wohne, oder krank darnieder liege, nur unter Vorzeigung der Handelsbücher abgehört werden könne, war dem Artikel ein zweiter Absatz des Inhaltes angefügt worden:

„Aus besonders dringenden Gründen kann der Prozeßrichter verfügen, daß die Vorlegung der Handelsbücher bei ihm selbst geschehe."

Bei der zweiten Lesung wurde aber vielseitig bemerkt (Prot. S. 948), daß „diese Bestimmung gefährlich werden und jedenfalls zu vielen Streitigkeiten darüber Anlaß geben würde, ob dringende Gründe vorhanden seien, daher es angemessener sei, Fälle der Art, wo ein Zeuge absolut ohne Einsicht der Bücher nicht abgehört und doch nicht an das Gericht des Kaufmannes gebracht werden könnte u. dgl., gleich anderen Fällen anzusehen, in denen ein Beweismittel durch Zufall verloren gegangen."

Wie schon bemerkt, wird aber, ehe dieß angenommen werden kann, versucht werden müssen, den Zeug'en an Ort und Stelle zu sistiren, oder demselben durch Vorlage einer genauen Kopie der einschlägigen Stellen der Bücher in den Stand zu setzen, seine Aussage zu machen.

4) Es fragt sich, ob die Bestimmung des vorstehenden Artikels nicht auch auf den von dem Buchführenden zu leistenden Eid zu erstrecken sei. Diese Frage dürfte zu bejahen sein. Zwar fallen in dem hier in's Auge gefaßten Falle die beiden oben erwähnten legislativen Gründe (Gefahr der Versendung und der Aufdeckung des Inhaltes) hinweg; auch ließe sich einwenden, daß die Frage, wo eine Eidesleistung stattzufinden habe, eine rein prozessuale sei. Allein wenn schon die frühere Praxis keinen Anstand fand, den Kläger bei dem Domizilgerichte, bei welchem die Produktion geschieht, zur Beeidigung zuzulassen [3]), so kann dieß nunmehr um so weniger einem Bedenken unterliegen, als dem a. d. Handelsgesetzbuche gemäß der Eid des Kaufmannes nichts Anderes ist, als eine Bestätigung des Handelsbuches selbst; wenn demnach das Buch bekräftigt werden soll, so geschieht es offenbar der Natur der Sache nach da, wo das Buch liegt.

Das Interesse des Verkehres erfordert ohnehin, daß die Begünstigung, welche dem Kaufmanne durch die Bestimmungen über die Beweiskraft der Bücher gewährt werden soll, wenigstens nicht dadurch wieder illusorisch gemacht werde, daß man demselben zumuthet, weite Reisen zu machen und sein Geschäft in einer oft unthunlichen Weise zu unterbrechen, um sich dieser Wohlthat zu erfreuen.

---

[3]) Vgl. das Erkenntniß des Lübecker Oberappell.-Ger. in Seuffert's Archiv Bd. V n. 323, 324.

Art. 40.

Die Mittheilung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalte kann in Erbschafts- oder Gütergemeinschafts-Angelegenheiten, sowie in Gesellschaftstheilungssachen und im Konkurse, soweit es die Bücher des Gemeinschuldners betrifft, gerichtlich verordnet werden.

Pr. E. Art. 38. I. E. Art. 40. II. E. Art. 39. Prot. S. 948.

Der Regel nach (Art. 38) hat der Kaufmann den Inhalt seiner Bücher nur in Bezug auf einen konkreten Streitpunkt offen zu legen. Es gibt jedoch Fälle, in denen es nicht auf ein einzelnes Geschäft, sondern auf eine Uebersicht des ganzen Geschäftsbetriebes ankommt; in diesen Fällen kann die obige Bestimmung nicht ausreichen und wird deshalb die Einsichtnahme des ganzen Inhaltes der Bücher gestattet [1]).

Das Gesetzbuch führt vier Fälle auf, in denen solches erlaubt wird, nemlich Erbschaftsangelegenheiten, Gütergemeinschaftsverhältnisse, Gesellschaftstheilungssachen, Konkurse. In den ersten drei Fällen erstreckt sich die Befugniß auf die Bücher sämmtlicher Betheiligten; im letzteren Falle kann natürlich nicht etwa verlangt werden, daß die Bücher der Gläubiger in ihrem ganzem Umfange vorgelegt werden, sondern nur jene des Gemeinschuldners. Verlangt der Kridar oder ein kontradizirender Gläubiger die Vorlage der Bücher eines anderen Gläubigers, so erstreckt sich dessen Pflicht nur auf die Vorlegung des auf die geltendgemachte Forderung bezüglichen Theiles.

In den in Art. 40 bezeichneten Fällen hängt es nicht von einem Parteiantrage ab, ob die Bücher vorgelegt werden sollen oder nicht, sondern der Richter kann solches auch von Amtswegen zur eigenen Information anordnen.

---

[1]) Dieses sind die Gründe, aus welchen ein in zweiter Lesung gestellter Antrag auf Streichung des Artikels abgelehnt wurde (S. 948).

Fünfter Titel.

Von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

Brinkmann §. 120. Thöl §. 20 ff. Endemann §. 27 ff. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 183 ff.

§. 1.

Die Natur des kaufmännischen Geschäftsbetriebes macht es bei einigermaßen entwickeltem Verkehrsleben unmöglich, daß der Inhaber des Geschäftes dasselbe vollkommen nach Außen vertritt und alle nothwendigen Geschäftshandlungen in eigener Person vornimmt. Je weiter aber der kaufmännische Güterumsatz sich steigert, je feiner und verwickelter die Beziehungen der Verkehrtreibenden zum Publikum und unter einander sich ausbilden, desto mehr steigert sich das Bedürfniß des Geschäftsinhabers nach einer Aushülfe; das Mittel, die Vornahme einzelner bestimmter Handlungen einem Dritten aufzutragen, das einfache Mandat, erweist sich als ungenügend, ebenso reicht es nicht mehr aus, gewisse Theile des Gewerbes besonderen Oberaufsehern zu übergeben (Handlungsvollmacht), die Masse der Geschäfte läßt den Geschäftsinhaber wünschen, „seine Person zu verdoppeln"[1]), er bedarf eines vollständigen, ihn völlig ersetzenden Vertreters,

---

[1]) Thöl nennt §. 33b den Prokuristen des a. d. HGB. den Doppelgänger, den alter Ego des Prinzipales; Endemann bezeichnet §. 28 die Prokura als „Formalvollmacht des Handelsverkehres."

und dieses Bedürfniß führt zu dem Institute der Prokura, wie solches im Handelsgesetzbuche nunmehr entwickelt ist.

Der nachfolgende fünfte Titel behandelt nun die kaufmännische Gewerbevollmacht, die Stellvertretung in der Führung des Handelsgeschäftes [2]; er unterscheidet sich von dem sechsten Titel, welcher von den Handlungsgehülfen spricht, dadurch, daß der letztere die Beziehungen des Hülfspersonales zum Prinzipale und zum innern Betriebe des Geschäftes, der erstere dagegen die Repräsentation des Prinzipales nach Außen und die Beziehungen des Hülfspersonales als der Vertreter des Prinzipales in Ausübung seines kaufmännischen Gewerbes gegenüber Dritten behandelt. Hierin ist also der Fall des Einzelauftrages an einen dem Geschäfte Fremden nicht inbegriffen; diese Vollmachten zu Handlungsgeschäften (im Gegensatze zu Handlungsvollmachten) werden vielmehr in Art. 298 (297 und 296) behandelt.

Unter dem Handlungsbevollmächtigten im Sinne des fünften Titels wird demnach stets eine Person verstanden, welche von dem Prinzipale zu dessen Stellvertretung im Handelsgewerbe bestellt ist [3]). Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der Handlungsbevollmächtigte zu dem Prinzipale auch in einem Dienstverhältnisse stehe, daß er zugleich Handelsgehülfe sei [4]), obwohl dieß in den meisten Fällen zusammentreffen wird.

§. 2.

Das römische Recht erkannte die Repräsentation durch freie Stellvertreter nicht an; der Grundsatz, daß jede Rechtshandlung ihre Wirkung nur für den Handelnden selbst habe, erlitt jedoch eine Ausnahme durch den Rechtssatz, daß der in der potestas eines Anderen Stehende vermöge der Natur dieser Gewalt dem Gewalthaber erwerbe und unter Umständen ihn auch verpflichte, und noch über dieses Gewaltverhältniß hinaus bestand die Haftung des Gewerbsherrn aus den Geschäften seines Schiffers (magister navis) oder Gewerbeführers (institor).

Schon das kanonische Recht entwickelte diese Grundsätze weiter [5]) und

---

[2]) Im Gegensatze zu der Stellvertretung in einzelnen Handelsgeschäften, zum kaufmännischen Auftrage schlechthin, welche in Art. 298 und 297 behandelt werden.

[3]) Vgl. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 141.

[4]) Vgl. die a. Sammlung Bd. II S. 155.

[5]) Vgl. die Note 2 bei Endemann S. 129.

in der Praxis des Handelsverkehres gestaltete sich sodann das moderne, obwohl nicht codifizirte Recht der Stellvertretung im Handelsgewerbe. Dieses Recht, nach der trefflichen Darstellung der Lehre bei Thöl [6]), lag dem sechsten Titel des Preußischen Entwurfes „von den Faktoren" zu Grunde. Bei den Berathungen wurde jedoch diese Lehre, als noch zu sehr am Römischen Rechte haftend, erheblich verändert, insbesondere wurde in der Materie von der Prokura eine große, dem Verkehrsleben entnommene gesetzliche Neuerung eingeführt [7]), welche sich aus der nachfolgenden Darstellung ergeben wird.

§. 3.

Prokura bedeutet dem Worte nach die einem Gehülfen [8]) ertheilte Ermächtigung, als Stellvertreter des Prinzipales im Handelsgewerbe thätig zu werden. Diese Ermächtigung kann eine verschiedenartige sein, zunächst eine engere oder eine weitere; sie kann nur für einen gewissen Theil der Geschäfte oder allgemein und zwar entweder für das ganze Handelsgewerbe oder für einen selbständigen Geschäftszweig gegeben sein [9]). Aber auch die allgemein und für das ganze Handelsgewerbe ertheilte Vollmacht ist eine wesentlich zweifache. Es ist zu unterscheiden der Stellvertreter des Prinzipales, welcher zur beständigen Führung der Firma bestimmt ist, von demjenigen, welcher nur die Vollmacht hat, anstatt des gewöhnlichen Firmaführers in bindender Weise Handelsgeschäfte zu vollziehen, insbesondere die einschlägigen Urkunden (Handelsbriefe, Quittungen u. s. w.) zu unterzeichnen. Der

---

[6]) Handelsrecht Bd. I Thl. II Abschn. 3 (Lehre vom Institor) §. 20—33.

[7]) Vgl. auch Voigtel in Busch Archiv Bd. V S. 14 und ff. und Bd. IV S. 216.

[8]) Das heißt einer Person, die im Handelsgewerbe ständig thätig ist und zwar in dienstlicher Stellung; die Bevollmächtigung eines außer dem Kreise der Gehülfenschaft (im weiteren Sinne, denn Frauen, Söhne u. s. w. zählen allerdings hieher) Stehenden kommt im gewöhnlichen Leben nur ausnahmsweise vor, kann dann aber ebenfalls Prokura genannt werden. Vgl. die Anzeige an der Frankfurter Börse: „Die Prokura, welche Herr Siebert in meiner Abwesenheit zu führen die Güte hatte, ist erloschen. J. K."

[9]) Brinkmann, Handelsrecht S. 456.

erstere leitet und verwaltet das Geschäft des Prinzipales, der letztere arbeitet nur in demselben, die Leitung bleibt dem Prinzipale selbst.

Der Preußische Entwurf hatte in Art. 39 bei der Definition des Faktors offenbar einen Stellvertreter der ersteren Art im Auge, indem es heißt: „Wer von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung den Auftrag erhält, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben, ist Faktor", und zugleich der Faktor (Prokurist) als „Handlungsvorsteher" oder „Disponent" bezeichnet wird. Doch ließ Art. 43 einen in beschränkter Weise Bevollmächtigten immer noch als Faktor gelten. Der Oesterreichische Entwurf dagegen unterschied in §. 125 denjenigen, welchem die Verwaltung der Handlung übertragen wird, von dem zur Stellvertretung des gewöhnlichen Firmaführers Ermächtigten und ordnete an, daß ersterer einfach die Firma zu zeichnen berechtigt sei, während letzterer den eigenen Namen per procura unter die Firma zu setzen habe.

Bei der Berathung des Handelsgesetzbuches wurde nun [10]) mit entschiedener Mehrheit anerkannt, daß die Bestimmungen der Artikel über den Inhalt der Prokura und über die Thätigkeit ihres Inhabers nur denjenigen Prokuristen treffen, welcher ein Handelsgeschäft für Rechnung eines Prinzipales als dessen Bediensteter und Beauftragter betreibe, nicht aber auch denjenigen Bevollmächtigten, welcher ein Handelsgeschäft zwar für Rechnung eines Dritten, aber mit der Stellung und den Rechten eines Prinzipales und ohne Auftrag eines Prinzipales betreibe, wie z. B. der Vertreter eines unter Kuratel stehenden Kaufmannes, dessen Berechtigung nach den über das Vormundschaftswesen bestehenden allgemeinen Gesetzen beurtheilt werden müsse. Allein demohngeachtet ist die Unterscheidung zwischen Prokuristen, die neben dem Prinzipale arbeiten, und Prokuraträgern, die an der Stelle des Prinzipales das Geschäft leiten, noch faktisch vorhanden [11]), rechtlich aber besteht ein Unterschied zwischen beiden überhaupt, nicht mehr.

Der Prokurist nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche ist derjenige Bevollmächtigte [12]), welcher die kauf-

---

[10]) Prot. S. 93.

[11]) Vgl. den der Redaktionskommission zur Erwägung anheimgegebenen Antrag Prot. S. 949.

[12]) Der Antrag, in der Ueberschrift des Titels zu setzen „Von den Prokuristen und den übrigen Handlungsbevollmächtigten" wurde nicht als unrichtig, weil der Prokurist kein Handlungsbevollmächtigter sei, sondern nur deshalb abgelehnt, damit man sogleich ersehe, daß zwischen Prokurist und Handlungs-

männische Persönlichkeit des Prinzipales unbeschränkt vertritt[13]).

Diese unbeschränkte Repräsentation mittelst der Prokura ist aber zugleich eine rein formale; sie kann nur durch die Ertheilung einer so benannten Vollmacht bewirkt werden. Es kann einer Person mittelst General- und Spezalvollmachten hinsichtlich der Stellvertretung des Prinzipales derselbe Umkreis von Rechten, dieselbe Macht und Befugniß [14]) wie dem Prokuristen zugewiesen sein; wenn ihm aber nicht die Prokura ausdrücklich ertheilt ist, so wird er ungachtet aller Stellvertretungsbefugnisse doch niemals zum Prokuristen.

Es ist demnach die Prokura nach dem a. d. HGB. allerdings nicht anders zu definiren, als es in Art. 41 geschieht, durch Wiederholung des Wortes in der Definition [15]): als die unbeschränkte und als Prokura bezeichnete Stellvertretungsbefugniß des Prinzipales [16]).

§. 4.

Wie bereits erwähnt, kennt das Gesetzbuch neben der Formalvollmacht des Prokuristen auch die gewöhnliche Vollmacht zur Vertretung im Handelsgeschäfte, und zwar von der durch Auftrag zu einem einzelnen Handelsgeschäfte ertheilten Spezialvollmacht bis zur Ermächtigung, ein ganzes Gewerbe auf den Namen des Inhabers zu betreiben.

Als „Handlungsbevollmächtigte" im engeren Sinne im Gegensatze zu den „Bevollmächtigten zu Handelsgeschäften" erscheinen aber nur jene Personen, welchen nicht blos die Ausführung eines einzelnen Auftrages übertragen wird, sondern denen ein gewisser weiterer oder engerer Kreis von Geschäften, eine nicht im Einzelnen vorausbestimmte, sondern nur im Allgemeinen ausgeschiedene Gewerbsthätigkeit zur Besorgung überlassen ist.

---

bevollmächtigtem im engeren Sinne (so, wie das Wort im Gesetzbuche stets gebraucht wird), ein Unterschied bestehe.

13) Deshalb steht Firma und Prokura in einem innigen Zusammenhange; ohne Firma keine Prokura.

14) Ganz richtig ist dieß freilich nicht, denn **die** Befugniß „per procura" zu zeichnen, hat nur der Prokurist; allein hierin liegt eben die formale Seite des Institutes im Gegensatze zur materiellen.

15) Dasselbe ist der Fall in der Definition des Wechsels.

16) Prokura ist sowohl Stellvertretung als Befugniß dazu; A handelt in Prokura, A ertheilt dem B Prokura.

Diese Handlungsbevollmächtigten können zugleich in einem Dienstverhältnisse zum Prinzipale stehen, sie können zugleich Handlungsgehülfen sein; allein es sind die beiden Eigenschaften nicht nothwendig verbunden. Es gibt Handlungsbevollmächtigte, welche keine Handlungsgehülfen, und Handlungsgehülfen, welche keine Handlungsbevollmächtigte sind. Insoferne aber dem Begriffe nach in der Handlungsbevollmächtigung immer die Uebertragung der Stellvertretung in einem Theile des Handelsgewerbes liegt und durch die mehr oder minder allgemeine Ermächtigung nicht blos ein vorübergehendes mit der Besorgung des aufgetragenen einzelnen Geschäftes wieder beendigtes Verhältniß zum Prinzipale, sondern eine kürzer oder länger dauernde Beziehung zum Geschäfte hervorgebracht wird, kann man allerdings sagen, daß zu dem Hülfspersonale eines Etablissements im weiteren Sinne auch die Handlungsbevollmächtigten, welche nicht eigentliche Handlungsgehülfen sind, gehören [17].

Andererseits liegt in der Gehülfenschaft unter Umständen an sich schon die Handlungsbevollmächtigung. Gewisse Handlungsgehülfen, z. B. die Ladendiener, Reisenden, Kassierer u. s. w. [18]) haben durch ihr Dienstverhältniß die Ermächtigung, den Prinzipal nach gewissen Geschäftsrichtungen hin zu vertreten.

§. 5.

Von den nicht im Dienstverhältnisse stehenden Handlungsbevollmächtigten sind besonders hervorzuheben die Agenten, weil diese Art der Handlungsbevollmächtigung in neuerer Zeit eine vielfache Anwendung und deshalb eine erhöhte Wichtigkeit erlangt hat [19]).

Bei der Berathung des Gesetzbuches war bei Beschlußfassung über den

---

17) Vgl. die näheren Erläuterungen bei Art. 47.

18) Der Komptoirist ist durch seine Beschäftigung noch nicht Handlungsbevollmächtigter, auch den Buchhalter kann man als solchen nicht wohl ansehen, da er nur abgeschlossene Handelsgeschäfte beurkundet, nicht aber solche selbst abschließt. Selbst der Kassier hat gleichfalls die Zahlung weniger in ihrer Funktion als Tilgungsart der Obligationen, denn als rein faktisches Hingeben von Geld zu besorgen; eigentliche Handlungsbevollmächtigte durch ihren Dienst sind außer den Disponenten nur Reisende und Ladendiener, auch der Kassier, soferne er Zahlungen anzunehmen und Quittung zu geben hat.

19) Ueber Agenten vgl. v. Hahn Kommentar S. 155; Goldschmidt, Handbuch S. 471, woselbst in der Note auch die frühere Literatur ausführlich dargestellt wird.

Art. 50 (jetzt 47) angeregt worden, hier auch der Agenten zu erwähnen[20]), und dem damals gemachten Vorbehalte entsprechend wurde in einer späteren Sitzung [21]) folgender Artikel vorgeschlagen:

Die Rechte und Pflichten der Handelsagenten werden lediglich durch die ihnen ertheilte Vollmacht bestimmt.

Die Art. 41, 42, 45, 47, 48 (jetzt 52, 55, 53, 54) finden auch auf sie Anwendung; sie dürfen auf eigene Rechnung und auf Rechnung Dritter Handelsgeschäfte machen, wenn nichts Anderes verabredet ist. Handeln sie einer solchen Verabredung zuwider, so unterliegen sie den Vorschriften des dritten Absatzes in Art. 46 (jetzt 56).

Die Verhältnisse zwischen Handelsagenten, ihren Vollmachtgebern und Dritten werden nach Handelsrecht beurtheilt.

Dieser Vorschlag fand jedoch keine Billigung und zwar hauptsächlich deshalb, weil über den Begriff „Agent" eine Einigung innerhalb der Commission nicht zu erzielen war, indem derselbe von einer Seite bald als Mandatar, bald als Mäkler, bald als Reisender angesehen werden wollte[22]). Man kam schließlich nur dahin überein[23]), daß der Kaufmann für die Handlungen der außerhalb jedes Dienstverhältnisses stehenden, selbstständigen und mit bestimmter Vollmacht versehenen Mittelspersonen (Agenten) nicht in gleicher Weise für haftbar zu erklären sei, wie für die auftragsgemäßen Handlungen des bediensteten Handlungspersonales, weshalb denn auch ein Zusatz des Inhaltes adoptirt wurde:

Handlungsbevollmächtigte, welche zur Zeit der Auftragsertheilung nicht im Dienstverhältnisse zum Auftraggeber stehen (Handelsagenten), verpflichten denselben nur nach der jeweiligen Vollmacht.

Allein auch der in diesem Sinne redigirte Art. 55 des I. E. wurde in zweiter Lesung als nicht ganz richtig wieder gestrichen[24]).

Es ist demnach die Lehre zur Zeit hauptsächlich der Wissenschaft und Praxis überlassen.

Unter der Bezeichnung Agenten pflegen nun dem überwiegenden Sprachgebrauche nach[25]) diejenigen Personen verstanden zu werden, welche

---

[20]) Prot. S. 88.

[21]) Prot. S. 103.

[22]) Prot. S. 106.

[23]) Prot. S. 108 ff.

[24]) Prot. S. 963, vgl. auch S. 1295, 4516 und 4631.

[25]) Ueber andere Begriffsbestimmungen siehe v. Hahn, Commentar S. 156. Insbesondere die Provisionsreisenden pflegt man hier und da „reisende Agenten" zu nennen; über diese ist bei Art. 49 gesprochen.

gewerbemäßig[26]) von einem örtlichen Mittelpunkte[27]) aus für einen Anderen (auswärtigen Kaufmann) und in dessen Namen Anträge entgegennehmen und Offerte vermitteln[28]).

Der Agent ist kein Handlungsgehülfe desjenigen, für welchen er arbeitet; er ist aber auch nicht blos zu faktischen Dienstleistungen aufgestellt[29]), sondern er ist aufgestellt zur Vertretung des Prinzipales bei der Geschäftsabschließung, wenn auch nicht zum Geschäftsabschlusse, obwohl mitunter dem Agenten auch die Annahme fester Bestellungen gestattet ist.

Er unterscheidet sich vom Kommissionär, indem er im Namen des Prinzipales handelt, vom Mäkler indem er für Rechnung des Prinzipales arbeitet; er ist Handlungsbevollmächtigter, weil die Person des Prinzipales in einem gewissen Geschäftsumkreise von ihm vertreten wird[30]).

Da aber die Arbeit für einen Anderen die Selbstständigkeit nicht ausschließt, und der Agent nicht in einem Dienstverhältnisse, und wenn auch in einer persönlichen Beziehung, so doch nicht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipale oder zu dessen Geschäfte steht, so muß derselbe zu den selbständigen Kaufleuten gezählt werden[31]).

Hieraus ergeben sich nun in Bezug auf die Befugnisse der Handelsagenten folgende Sätze:

a) Vor Allem muß die allgemeine Vorschrift des Handelsgesetzbuches

---

[26]) Daher hat der Agent Anspruch auf Ersatz der Auslagen und Honorar (Provision). Vgl. auch Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 197.

[27]) Goldschmidt Handbuch (S. 473 Note 7) läßt dieses Kriterium des örtlichen Mittelpunktes aus seiner Definition hinweg; allein im Verkehre wird ein Agent ohne Etablirung einer Agentur nicht gedacht.

[28]) Erk. des Nürnberger Handelsappellationsger. in der Sammlung Bd. II S. 155, auch bei Busch Archiv Bd. IX S. 302, dann das Erk. des Dresdener OAG. in Busch Archiv Bd. VIII S. 21, auch bei Goldschmidt Bd. XI S. 159.

[29]) Manchmal werden auch die nur zum mechanischen Aufsuchen von Waaren oder Käufern verwendeten Personen Agenten genannt; jedoch ist dies ein inkorrekter Sprachgebrauch.

[30]) Den näheren Nachweis dieser bestrittenen Qualität siehe bei Art. 47.

[31]) Dieß ist auch dem Prot. S. 1295 zu entnehmen, indem bei Berathung des Art. 272 N. 4 ausgesprochen wurde, daß nur die selbständig etablirten Vermittler von Geschäften hierunter zu subsumiren seien. Ueber die Fragen, ob der Agent in das Handelsregister einzutragen und ob Agenturen als Zweigniederlassungen zu betrachten seien, siehe Goldschmidt S. 474 Note 18.

über die Handlungsvollmacht auch für die Agenten Geltung haben[32]); das heißt, wer als Agent aufgestellt ist, dessen Ermächtigung erstreckt sich auf alles Dasjenige, was einem Agenten gewöhnlich zu thun obliegt. Anderweitige Vereinbarungen, welche gegen den Dritten, der sie kennt, gleichfalls wirksam sind, bleiben (wie bei jeder Handlungsvollmacht) vorbehalten. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß der Agent kraft seiner Bestellung zum Betriebe des Gewerbes des Prinzipals, sei es ganz oder in einem gewissen Umfange bevollmächtigt sei[33]); denn der Agent hat durch die Ernennung an sich immer nur die Vollmacht eines Agenten; die Geschäftsaufgabe eines Agenten ist aber, nach dem oben entwickelten Begriffe, nicht die Ausübung des Gewerbes eines Anderen, wie dies bei den in einem Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisse stehenden Handlungsbevollmächtigten der Fall ist, sondern die selbstständige Beihülfe zur Ausübung des Gewerbes durch Vermittelung der Geschäfte in gewissen Richtungen.

b) Was aber hiernach den Geschäftskreis des Agenten im Einzelnen betrifft, so lassen sich im Grunde mehr negative als positive Sätze aufstellen[34]). Doch läßt sich annehmen, daß regelmäßig die Annahme von Anträgen und Aufträgen für den Prinzipal in der Aufgabe und in den Befugnissen eines Agenten liegt und daß deshalb derartige, dem Agenten gemachte Eröffnungen als dem Prinzipal gemacht gelten[35]).

Zum festen Abschlusse von Geschäften Namens des Prinzipals dagegen ist der Agent gewöhnlich nicht für ermächtigt zu achten.

Man wird demnach in der Regel[36]) aus einer von dem Agenten übernommenen Bestellung gegen den Prinzipal nicht auf Erfüllung klagen können[37]).

---

[32]) Die bei den Berathungen von Einzelnen geäußerten entgegengesetzten Ansichten können hierbei nicht in Betracht kommen.

[33]) Auf dieser Verwechslung beruht es, daß so vielfach gegen die Einreihung der Agenten unter die Handlungsbevollmächtigten polemisirt wird.

[34]) Dieß war auch der Anlaß, weshalb die Lehre im Gesetzbuche übergangen wurde.

[35]) Es treten deshalb die Bestimmuugen der Art. 318 ff. und 323 in Wirksamkeit.

[36]) Hat der Agent speziell weiter gehende Befugnisse, was mitunter durch die Art der Agentur oder durch das Geschäft begründet sein kann, so tritt natürlich eine weitere Haftung des Prinzipals ein.

[37]) Vgl. die Ausführungen in dem Erk. des Dresdener OAG. bei Busch Archiv Bd. VIII S. 18 ff.

Ferner aber gehört zum Geschäftskreise des Agenten die Abgabe der vom Prinzipal eingeholten Erklärung auf die Anträge, dann die Uebermittelung der Waare, der Urkunden u. s. w.

c) Was nun insbesondere die Zahlungen betrifft, so ist jedenfalls feststehend, daß der Art. 49 auf reisende Agenten (richtiger Provisionsreisende) ausdrücklich nicht erstreckt werden sollte, und dem Art. 51 zufolge wird auch dadurch eine Befugniß des Agenten zum Geldempfange nicht bewirkt, daß er etwa, wie häufig geschieht, die Bestellungen, welche bei seinem Prinzipale gemacht wurden, selbst zu effektuiren hat, so daß die Waare nicht unmittelbar an den Kunden, sondern an den Agenten geschickt wird[38].

Dagegen wird in diesen Fällen die Anzeige von Fehlern und Mängeln (Art. 347) wirksam an den Agenten gemacht werden können, während er zur Erklärung über die Annahme der Dispositionsstellung und Vertragsauflösung nicht berechtigt erscheint[39], ebensowenig dazu, einen Nachlaß zu bewilligen oder Vergleiche abzuschließen[40].

Ob übrigens ein Agent vermöge seiner sonstigen Bevollmächtigung nicht weiter gehende Rechte hat, ist eine thatsächliche Frage[41].

§. 6.

Der fünfte Titel behandelt hauptsächlich die nach Außen gerichtete Seite der Prokura und der Handlungsbevollmächtigung, die Stellvertretung des Prinzipals im Handelsverkehr; er gibt die Vorschriften über die verschiedenen Arten derselben, über die Form der Bestellung eines Bevollmächtigten und über den Umfang der Ermächtigung, ferner über die Wirkungen der Stellvertretung in Bezug auf Haftung des Prinzipals und unter Umständen auch des Stellvertreters gegenüber Dritten.

Weniger ausführlich wird die innere Seite dieses Rechtsverhältnisses,

---

[38]) Die Befugniß, Zahlungen anzunehmen, wird den Agenten abgesprochen in dem Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes Sammlung Bd. I S. 444 und Busch Archiv Bd. IV S. 356, in einem Erk. des Handelsgerichtes zu Glauchau bei Busch Archiv Bd. VIII S. 1 ff. und einem Erk. des Stadtg. zu Frankfurt a. M. bei Busch Archiv Bd. VIII S. 285. Entgegengesetzter Ansicht der oberste Gerichtshof in Wien vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 607 (noch vor Ersch. des a. d. HGB).

[39]) Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 609 N. 62.

[40]) Erk. des Dresdener OAG. bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. IX S 137.

[41]) Vgl. das Erk. des Nürnberger HAG. in der Sammlung Bd. II S. 156 und oben Note 39.

die Beziehung zwischen Prinzipal und Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten behandelt; nur in Artikel 53, 54, dann 56, sind nach dieser Richtung Vorschriften gegeben. Doch bedarf es zur Entscheidung der hier auftauchenden Fragen deshalb noch nicht eines Zurückgreifens auf die römisch-rechtlichen Grundsätze über das Mandat, denn es lassen sich die Pflichten, welche dem Stellvertreter im Handelsverkehre dem Prinzipal gegenüber obliegen, und umgekehrt, sehr wohl aus den im fünften Titel angedeuteten Prinzipien, so wie mit Zuhülfenahme des sechsten Titels und der allgemeinen Grundsätze über Handelsgeschäfte ermitteln.

Vor Allem wird auch hier der Inhalt der Vereinbarung zwischen den Parteien entscheiden; soweit eine solche nicht maßgebend ist, läßt sich nach den Art. 42, 47, 50 wenigstens in Bezug auf die hier genannten Personen bestimmen, sowohl wie weit sie in ihren für die Firma vorzunehmenden Handlungen gehen dürfen, als auch was zu thun und zu unternehmen ihnen verboten ist. Denn wenn auch unzweifelhaft die soeben genannten Artikel ihrer eigentlichen Tendenz nach nur auf das Verhältniß zu Dritten sich beziehen, und wenn auch damit nur gesagt sein wollte, in welchem Umfange der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte durch seine Handlungen den Prinzipal verpflichte, so ergibt sich doch zugleich hieraus, in welchem Umfange ohne besondere Vereinbarung die Stellvertretung ausgeübt werden könne, ohne daß der Stellvertreter sich dem Prinzipal wegen Ueberschreitung seiner Befugnisse verantwortlich mache.

Was aber die Verantwortung für die Art der Ausführung selbst betrifft, so kann hierüber die Entscheidung im Hinblicke auf den Art. 282 des a. d. HGB.[12]) nur darnach getroffen werden, ob der Bevollmächtigte sich so verhalten hat, wie es von einem *ordentlichen* Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten erwartet werden darf, und zwar in letzterem Falle, ob er nicht innerhalb seiner *speziellen* Machtbefugnisse ein Versehen begangen, das heißt, ob er wie ein ordentlicher Disponent, wie ein ordentlicher Kassier, wie ein ordentlicher Reisender, wie ein ordentlicher Ladendiener u. s. w. gehandelt hat.

Es kommt demnach wie bei der Bestimmung des Umfanges der Handelsbevollmächtigung, so auch bei der Beurtheilung der von den Handelsbevollmächtigten anzuwendenden Sorgfalt immer auf die konkreten Umstände, auf das, was im Handelsstande gebräuchlich ist, und auf das billige Ermessen nach vernünftiger Abwägung aller Verhältnisse an[13]).

---

[12]) Vgl. oben S. 22.

[13]) Z. B. der Reisende hat kraft seiner Anstellung als solcher die Ermächtigung,

Uebrigens muß bemerkt werden, daß bei Beurtheilung der zu leistenden Sorgfalt die Frage, welches Dienstverhältniß etwa neben dem Bevollmächtigungsverhältnisse besteht, immerhin von nicht unerheblichem Einflusse sein wird.

§. 7.

Der Preußische Entwurf hatte in Art. 42 und 57[44]) Bestimmungen über die Haftung des Prinzipals für unerlaubte Handlungen des Handlungsbevollmächtigten aufgestellt.

Es war hiebei von der Ansicht ausgegangen, daß es dem Dritten, welcher sich mit dem Bevollmächtigten oder dem Gehülfen nur aus Veranlassung des Umstandes einläßt, daß der Prinzipal diese Person zu seinem Vertreter bestellte, nicht zugemuthet werden könne, den Ersatz des ihm hierbei entstandenen Schadens von dem oft vermögenslosen Beschädigten beizutreiben. Auch erscheine es nicht unbillig, den Prinzipal für seinen Vertreter verantwortlich zu machen, da er dessen Zuverlässigkeit zu prüfen im Stande und

---

Namens des Prinzipals Verkäufe abzuschließen. Fragt es sich nun, ob derselbe in einem bestimmten Falle, wo der Prinzipal durch das Geschäft zu Schaden gekommen ist, hiefür verantwortlich sei oder nicht, so ist zu prüfen, ob er dasjenige beobachtet hat, was dem Reisenden vor Uebernahme einer Bestellung regelmäßig zu thun obliegt. Sind ihm z. B. Referenzen aufgegeben, bei denen er über die Solvenz der Besteller Erkundigungen einziehen sollte und er hat solches unterlassen, so hat er nicht wie ein ordentlicher Reisender gehandelt. Außerdem wird ihm ein Versehen nicht zur Last gelegt werden können, da es nicht Sitte ist, daß die Reisenden sich über die Vermögensverhältnisse derjenigen, von welchen sie Aufträge erhalten, genauer erkundigen und darüber berichten. Vgl. das Erk. des bayer. Handelsappellationsger. Sammlung Bd. II S. 306 und die Note in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI S. 156.

[44]) Diese Artikel lauteten:

Art. 41.

Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen ein Faktor durch unerlaubte Handlungen in Ausführung eines Geschäftes, auf welches sich sein Auftrag erstreckt, einem Dritten zugefügt hat.

Art. 57.

Für den Schaden, welchen ein Handlungsgehülfe einem Dritten durch unerlaubte Handlungen in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen zufügt, ist der Prinzipal verantwortlich.

Durch Artikel 50 wurde sodann der Art. 42 auf alle Handlungsbevollmächtigten für anwendbar erklärt.

noch in höherem Maße als ein gewöhnlicher Vollmachtgeber verpflichtet sei. Doch sollte dies nur so weit gelten, als der Schade in Ausführung des Auftrages zugefügt sei; für Beschädigungen, welche nur etwa bei Gelegenheit der Ausrichtung eines die Handlung betreffenden Geschäftes angerichtet wurden, sollte der Prinzipal nicht haften[15]).

Bei der Berathung wurden diese Anschauungen im Allgemeinen getheilt und besonders hervorgehoben, daß die Ersatzpflicht auch gegen Dritte (außer dem Gegenkontrahenten) und nicht blos wegen doloser, sondern auch wegen fahrlässiger Handlungen bestehen solle. Dagegen wurde die Frage offen gelassen, ob die Haftung des Prinzipals blos in den Fällen eintrete, in welchen die beschädigende Handlung in den Bereich des auftragsgemäßen Geschäftskreises des Bevollmächtigten falle oder auch in denjenigen, in welchen dieser eine Handlung vornehme, welche zwar mit seinen Geschäften zusammenhänge, aber eben doch nicht zu seinen eigentlichen Verrichtungen gehöre[16]). Was aber die Handlungsgehülfen, welche nicht zugleich Handlungsbevollmächtigte sind, betrifft, so wurde aus verschiedenen Gründen[17]) hinsichtlich der Haftung des Dienstherrn nichts Näheres bestimmt. Art. 52 der ersten (53 der zweiten) Lesung lautete demnach folgendermaßen:

> Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte einem Dritten durch sein Verschulden in Ausführung eines Geschäftes zufügt, auf welches sich der Auftrag erstreckt.

Hiegegen erhoben sich nun gewichtige Stimmen[18]) und es wurde deshalb der Artikel in dritter Lesung[19]) gestrichen. Die Gründe hiefür waren, daß im gewöhnlichen Civilrechte ein derartiger Satz sich nicht finde und es daher zu Unzuträglichkeiten führen würde, für das Handelsrecht einen solchen Ausnahmesatz zu statuiren; daß ferner die Beschränkung auf Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, unter Freilassung der Handlungsgehülfen, ganz ungerechtfertigt wäre, daß endlich der Artikel durch den vagen Ausdruck „in Ausführung eines Geschäftes" zu den erheblichsten Kontroversen führen müsse, da sich dieß von dem Falle „bei Gelegenheit des Geschäftes" keineswegs genügend abhebe.

---

[15]) Motive z. Pr. E. S. 28 u. 29.

[16]) Prot. S. 85.

[17]) Prot. S. 99.

[18]) Vgl. Goldschmidt Gutachten S. 39.

[19]) Prot S. 4518.

Ungeachtet des Schweigens des Gesetzbuches über die bisher dargelegten Verhältnisse kann deren Entscheidung doch nicht ohne Weiteres aus dem Gebiete des Handelsrechtes verwiesen werden [50]), es bedürfen aber die hier auftauchenden Fragen vor Allem einer genauen Scheidung [51]).

Zuvörderst ist zu trennen die Haftung des Prinzipals für die unerlaubten Handlungen seiner Handlungsgehülfen von jener für die sonstigen Handlungsbevollmächtigten [52]); für die ersteren ist das Dienstverhältniß von wesentlichem Einflusse und gehört daher die nähere Erörterung in den sechsten Titel.

Sodann sind zu trennen [53]) die Beschädigungen, welche durch Verletzung von Treu und Glauben im Verkehre entstehen, also Pflichtverletzungen bei Eingehung der Geschäfte oder Zuwiderhandlung gegen die vertragsmäßig übernommene Verbindlichkeit, von dem Schaden, welchen der Handlungsbevollmächtigte durch sein Verhalten außerhalb des Obligationsverhältnisses hervorruft.

Nach dieser doppelten Ausscheidung hin beantwortet sich dann die Frage einfach so, daß der Prinzipal für unerlaubtes Verhalten hinsichtlich des Geschäftes, in welchem er vom Handlungsbevollmächtigten vertreten wird, vollständig, dagegen für unerlaubte Handlungen eines Handlungsbevollmächtigten (welcher nicht Handlungsgehülfe ist) außerhalb des Geschäftes [54]) gar nicht zu haften hat.

Der erste Satz folgt nothwendig aus der durch Art. 52 festgestellten vollkommenen Repräsentation des Prinzipals durch den Stellvertreter. Das Geschäft, welches der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte Namens des Prinzipals abschließt, ist kraft Gesetzes als vom Prinzipale geschlossen anzusehen; es ist rechtlich gerade so, als hätte er es selbst geschlossen, er

---

[50]) Und zwar um so weniger, als z. B. nach Art. 63 Ziffer 4 des bayer. Einf.-Ges. derartige Ansprüche zu den Handelssachen gezählt werden müssen.

[51]) Ueber Betrügereien entlassener Handlungsbevollmächtigter siehe die gründliche Erörterung von Linke in Busch Archiv Bd. VII S. 67.

[52]) Das Erkenntniß des Berliner Obertribunales in Busch Archiv Bd. VI S. 21 bezieht sich nicht auf Bevollmächtigte, sondern nur auf Dienstboten, die zu faktischen Handlungen beauftragt sind, weshalb die Entscheidung nicht hieher paßt.

[53]) Aehnlich Thöl §. 31 c.

[54]) Geschäft ist hier nicht mit Etablissement zu verwechseln, so daß es etwa auf das Lokal ankommen sollte, vielmehr ist darunter der Rechtsverkehr, insoweit er die Obligationsverhältnisse betrifft, gemeint.

muß es also so, wie es vorliegt, mit allen seinen Mängeln und Fehlern vertreten [55]).

Hat demnach z. B. der Prokurist den Gegenkontrahenten durch falsche Vorspiegelungen zum Eingehen eines nachtheiligen Geschäftes veranlaßt [56]), so ist eben die eingegangene Verbindlichkeit als solche anfechtbar und dadurch der Prinzipal für die Handlungen des Bevollmächtigten verantwortlich. Desgleichen wenn der Stellvertreter die ihm übertragene Erfüllung versäumt oder ordnungswidrig ausführt [57]), so ist eben die Verbindlichkeit, welche hier gegen den Prinzipal besteht, nicht erfüllt, und dadurch ist derselbe für die Säumniß und für die ungeeignete Erfüllung nothwendigerweise verantwortlich.

Wenn dagegen durch die unerlaubte Handlung des Stellvertreters nicht die Pflicht im Geschäftsverkehre, nicht die obligationsmäßige Pflicht verletzt wird, wenn vielmehr das Unrecht ein absolutes ist, welches nicht als Modifikation eines Schuldverhältnisses wirkt, sondern eine obligatio ex delicto erzeugt [58]), so haftet der Prinzipal deshalb nicht [59]), weil kein Causal-

[55]) Vgl. auch Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 156.

[56]) Der mit Prokura versehene Sohn des Banquiers A. bewegt den B. zum Ankaufe einer Sorte von Staatspapieren al pari dadurch, daß er ihm einen falschen Kurszettel behändigt. Civilrechtlich ist hier die Sache ebenso, als hätte der Prinzipal den B. betrogen.

[57]) Z. B. der Agent läßt die ihm vom Prinzipal zur Ablieferung an den Käufer gesendete Waare über den Lieferungstag hinaus liegen; oder der Disponent eines Droguengeschäftes überliefert anstatt des bestellten Camphin gewöhnliches Oel; hier hat eben die Firma nicht erfüllt und muß die Folgen tragen. Derselbe Grundsatz muß übrigens auch gelten, wo faktische Dienstleistungen hereinspielen, wenn der Agent die bei ihm gemachte Versicherung vergißt und die Police ausfertigen zu lassen versäumt u. dgl.; deshalb würde auch gewiß der in Busch Archiv Bd. VI S. 21 gegebene Fall, wenn ein Vollmachtsverhältniß angenommen werden könnte, in entgegengesetzter Weise entschieden werden müssen.

[58]) Z. B. der Bruder des Prinzipals, welchem wegen längerer Abwesenheit des Chefs Prokura ertheilt ist, injurirt einen ungestümen Gläubiger; der Agent des Handlungshauses X. entwendet bei Gelegenheit eines Geschäftsabschlusses im Comtoir des Kunden Y. eine Rolle Geld u. s. w.

[59]) Daß er haftet, wenn er den Auftrag gibt oder den Gewinn aus der unerlaubten Handlung an sich nimmt (vgl. Endemann S. 151), ist nicht Folge des im Handelsverkehre obwaltenden Stellvertretungsverhältnisses, sondern Folge der Theilnahme an der unerlaubten Handlung.

nexus zwischen der Handlung des Prinzipals (Ertheilung einer Handelsvollmacht) und dem Beschädigungsakte denkbar ist, und weil aus persönlichen Gründen den Prinzipal gleichfalls keine Verantwortung treffen kann, da der Handlungsbevollmächtigte, der nicht zugleich Handlungsgehülfe ist, für den Prinzipal außerhalb der Geschäftsvertretung ein Fremder bleibt. Es kann aber auch in beiden Fällen das Verhalten des Prinzipals bei Auswahl des Bevollmächtigten keinen Einfluß äußern [60]); denn einerseits hängt es nicht von der sonstigen Persönlichkeit des Stellvertreters ab, daß die Repräsentation des Prinzipals durch den Stellvertreter eintritt, andererseits steht die Auswahl eines Bevollmächtigten für den Handelsverkehr in keinem Zusammenhange mit dem moralischen Charakter des Ausgewählten, welcher die Quelle der unerlaubten Handlungen ist.

Allerdings kann ausnahmsweise die Auswahl eine Vermuthung für eine intellektuelle Urheberschaft zu der eingetretenen unerlaubten Handlung geben, dann ist aber ein anderes Prinzip für die Verantwortung maßgebend [61]).

---

[60]) Wie Endemann S. 151 Note 41, gestützt auf Brinkmann §. 120 Note 54 u. 47, meint. Der Letztere bezieht sich auf das Erk. in Kletke Nr. 1130, allein die hiefür sprechende Stelle dieses Urtheils betrifft wohl nur ein Verschulden innerhalb der Geschäftsausführung. Es spielt hier immer die Gehülfenschaft noch mit herüber.

[61]) Wenn der Prinzipal auch weiß, daß der von ihm mit Aufnahme der Versicherungen beauftragte Agent jähzornig ist, so begeht er doch kein Versehen dadurch, daß er ihm seine Geschäfte überträgt. Wenn er aber z. B. einem notorisch zu Gewaltthätigkeiten geneigten Manne die Erledigung seiner Schuldangelegenheiten mit der erkennbaren Absicht überträgt, derselbe möge ihm durch alle Mittel Hülfe gegen seine Gläubiger verschaffen, so mag der Strafrichter daraufhin erfolgte Exzesse als durch die Wahl beabsichtigt annehmen, das Prinzip selbst aber wird natürlich hierdurch nicht alterirt.

Art. 41.

Wer von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben und per procura die Firma zu zeichnen, ist Prokurist.

Die Bestellung des Prokuristen kann durch Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, oder durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen, oder durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen, geschehen.

Die Prokura kann mehreren Personen gemeinschaftlich ertheilt werden (Kollektiv-Prokura).

Pr. E. Art. 39. I. E. Art. 41. II. E. Art. 40. Prot. S. 71 ff., 93ff., 948 ff., 951 ff., 4630.

1) Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal). Unter „Eigenthümer" wird, wie der Beisatz „Prinzipal" anzeigt, nicht derjenige verstanden, welchem das civilrechtliche Eigenthum am Geschäfte zusteht, sondern der Geschäftsinhaber [1]). Es unterliegt keinem Zweifel, daß im Falle z. B. der Kaufmann A. sein Etablissement an den B. verpachtet hat, nicht der Eigenthümer A., sondern der Pächter B. das Recht hat, einen Prokuristen aufzustellen [2]).

Steht der Geschäftsinhaber oder das Geschäft als solches unter Kuratel, (der Eigenthümer ist minderjährig oder die Fabrik bildet einen Bestandtheil einer Verlassenschaftsmasse, deren Erben unbekannt sind,) so muß die Bestellung des Prokuristen von dem nach den Civilgesetzen zur Verfügung Berechtigten geschehen [3]).

Bei offenen Handelsgesellschaften müßte der Regel nach, da jeder ein-

---

[1]) Der Antrag, statt „Eigenthümer einer Handelsniederlassung" zu setzen „Kaufmann", wurde verworfen (Prot. S. 949); die Gründe sind im Protokolle nicht konstatirt.

[2]) Eine Handelsfrau kann, da sie dem Kaufmanne gleich steht, einen Prokuristen ernennen.

[3]) In einem im Centralorgan v. 1863 S. 138 u. bei Busch Archiv II S. 166 abgedruckten Falle hat das Vormundschaftsgericht den Kurator sofort auch als Prokuristen ernannt.

zelne Gesellschafter Inhaber des Geschäftes ist, jeder Gesellschafter auch Prokuristen bestellen können, allein der Art. 104 enthält hierüber eine besondere Bestimmung; derselbe macht eine Ausnahme von der allgemeinen Regel und verordnet, daß sämmtliche geschäftsführende Gesellschafter, und mithin, wenn besondere geschäftsführende Socii nicht aufgestellt sind, sämmtliche Mitglieder zusammenwirken müssen [4]).

Prokuristen für Aktiengesellschaften ernennt der Vorstand [5]); daß diese bei derartigen Gesellschaften ganz ausgeschlossen seien, ist im Gesetze nirgend bestimmt [6]).

2) Beauftragt ist [7]).

Das Gesetz sagt ganz allgemein: wer beauftragt ist, und zeichnet also dem Prinzipal keine Schranken in der Auswahl derjenigen Personen vor, welchen er Prokura ertheilen kann. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß einer Frau Prokura ertheilt werden kann [8]), und zwar einer verheiratheten oder unverheiratheten. Soll der Ehefrau [9]) eines Anderen Prokura ertheilt werden, so wird die Bestimmung des Art. 7 in Anwendung gebracht werden müssen; denn eine solche Frau soll gewerbemäßig, wenn auch nicht für

---

[4]) Vgl. die Erläuterungen zu diesem Artikel.

[5]) Ueber das Verhältniß der Beamten und Bediensteten einer Aktiengesellschaft (Busch Archiv Bd. V S. 215) zu der Prokura vgl. die Erläuterungen zu Buch II Titel III, woselbst auch die Frage behandelt wird, welche Rechtsverhältnisse Dritten gegenüber eintreten, wenn im Gesellschaftsvertrage den Vorständen untersagt ist, Prokuristen oder Bevollmächtigte ohne Zustimmung der Generalversammlung zu ernennen, solches aber dennoch geschieht.

[6]) Vgl. Endemann S. 309 Note 19 und die daselbst Citirten.

[7]) Wenn man den Ausdruck „Auftrag" in der Weise, wie die Römer das Wort mandatum, gebraucht, so ist derselbe hier allerdings auffallend, vgl. Laband, Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 212, 214; es wäre denn, daß man den Ausdruck nur auf die Handlung des Unterschreibens per procura, auf die Form der äußeren Kundgebung der ertheilten Vollmacht bezieht, wie Seite 315 näher erläutert ist.

[8]) Ebenso Busch Archiv Bd. I S. 42.

[9]) Der eigenen Ehefrau eines Kaufmannes wird sehr häufig Prokura ertheilt; alsdann wird aber in Fallimentsfällen der Richter zu untersuchen haben, ob diese Frau nicht etwa blos gewählt wurde, um den gemeinsamen Geschäftsbetrieb zu erzielen, ohne der gemeinsamen Schuldhaftung unterworfen zu sein, ein Fall, der je nach den verschiedenen ehelichen Güterrechten nicht selten ist. Vgl. übrigens wegen der Fälle des Sitzens zu offenem Kram und Laden oben S. 61 ff.

sich, sondern für ihren zukünftigen Prinzipal Handel treiben und die Möglichkeit, daß die Prokura führende Frau in persönliche Haftung gerathe, ist nahe liegend genug, um das dem Art. 7 zu Grunde liegende Recht des Ehemannes, einen solchen präjudiziellen Schritt zu untersagen, auch hier zur Geltung zu bringen.

Hinsichtlich Minderjähriger ist zu unterscheiden: zur Uebernahme der Prokura selbst, zu dem zwischen dem Prinzipal und dem Prokuraträger einzugehenden Rechtsverhältnisse hat der Minderjährige nicht die Macht; er bedarf hierzu derjenigen Autorisation und desjenigen Beistandes, welcher nach den bürgerlichen Gesetzen ihm zur Eingehung von Verbindlichkeiten überhaupt nöthig ist. Hat er aber als Prokurist gehandelt, so kommt in seinem Verhältnisse den dritten Kontrahenten gegenüber seine Minderjährigkeit nicht in Betracht [10]); in dieser Richtung bedarf es keines Beistandes, er berechtigt und verpflichtet den Prinzipal ohne Rücksicht auf seine Minderjährigkeit. Dem dritten Kontrahenten gegenüber kann also das von einem minderjährigen Prokuristen abgeschlossene Geschäft nicht angefochten werden.

3) Der Kommissionär handelt für Rechnung des Prinzipals, aber im eigenen Namen, der Pächter eines Handlungsgeschäftes betreibt das Geschäft unter dem Namen des Prinzipals, aber nicht für dessen Rechnung [11]), der Prokurist dagegen vereinigt beides, er betreibt das Handelsgeschäft des Prinzipals in dessen Namen und für dessen Rechnung. Allein dasselbe ist bei dem zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes Bevollmächtigten der Fall, auch er betreibt das Geschäft im Namen und für Rechnung des Prinzipals. Von diesem unterscheidet sich der Prokurist durch ein äußeres Merkmal, der Prokurist ist beauftragt, per procura die Firma zu zeichnen.

Mit Recht [12]) bedient sich also hier das Gesetz des Wortes „beauftragt"; das Zeichnen der Firma, insofern darin eine Stellvertretung des Prinzipals bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes enthalten ist, beruht allerdings auf einer Bevollmächtigung; allein die Anweisung, die Firma gerade in dieser bestimmten Weise, per procura zu zeichnen, ist ein Auftrag, ein Befehl zu einer faktischen, nicht zu einer Rechtshandlung.

Dieser Auftrag ist nicht etwa lediglich eine Erlaubniß, es steht dem Prokuristen nicht blos zu, per procura die Firma zu zeichnen, es ist

---

[10]) Den Fall der Ueberschreitung der Vollmacht siehe bei Art. 55.

[11]) Weitere Unterscheidungen vom Unterhändler, Theilnehmer u. s. w. bei Laband a. a. O. S. 188 ff.

[12]) Anderer Meinung Laband a. a. O. S. 214.

vielmehr ein Gebot, der Prokurist muß, sofern er als Prokurist handelt, so und nicht anders verfahren[13]).

Das Gemeinsame des Generalhandlungsbevollmächtigten und des Prokuristen ist demnach die Ermächtigung zur Betreibung des Handelsgeschäftes im Namen und für Rechnung des Prinzipals; das Unterscheidende ist der Auftrag an den Prokuristen, die Firma in der bestimmten Form per procura zu zeichnen.

4) Das Gesetz kennt drei Formen, in welcher die Bestellung des Prokuristen erfolgen kann[14]); es bezeichnet den Rechtsakt, durch welchen die Stellvertretung im Geschäfte mit der Folge vollständiger Repräsentation des Prinzipals durch den Stellvertreter geschaffen werden kann, auf dreierlei Weise.

Der Prinzipal kann erklären:

„ich ertheile dem N. N. Prokura", oder

„ich ernenne den N. zu meinem Prokuristen", oder

„ich ermächtige den N., meine Firma per procura zu zeichnen."

Der Prinzipal kann diese Erklärung demjenigen gegenüber abgeben, welcher sein Stellvertreter werden soll oder auch nur Dritten gegenüber[15]), die Wirkung ist dieselbe. Denn wenn derjenige, welcher den Prinzipal als Prokurist vertreten hat, Prokura besaß, so ist der vorgenommene Rechtsakt so anzusehen, als sei der Prinzipal selbst handelnd aufgetreten und es kommt demnach nur auf die Existenz der von dem Prinzipal auf den Stellvertreter übertragenen Befugniß an, nicht aber auf die Kundmachung dieser Befugniß an den Dritten.

Von den drei im Gesetze aufgeführten Arten der Bestellung eines Prokuristen sind zwei ihrer Natur nach nur durch eine ausdrückliche Willenserklärung möglich; man kann Niemanden eine als Prokura bezeichnete Vollmacht ertheilen, ohne eben die Vollmacht ausdrücklich als Prokura zu bezeichnen, ebenso kann man nicht einen Bevollmächtigten als Prokuristen ernennen, ohne ihn ausdrücklich als solchen zu bezeichnen. Ob diese ausdrückliche Bestellung des Prokuristen mündlich oder schriftlich geschehen ist, unterscheidet das Gesetz nicht[16]), es ist insbesondere das Bestehen der Pro-

---

[13]) Ueber das Weitere hierin siehe Art. 44.

[14]) Schriftliche Form ist nicht vorgeschrieben. Vgl. das Erkenntniß in Busch's Archiv Bd. IX S. 125.

[15]) Auch unbestimmten Dritten gegenüber, z. B. durch öffentliche Annonçe.

[16]) Wenn also am 1. Juli 1866 der Kaufmann N. dem Kommis X. erklärt,

kurabevollmächtigung nicht von einem Eintrage in das Handelsregister abhängig gemacht[17]); allein auch abgesehen von der Vorschrift des Art. 45 wird in der Regel die Bestellung des Prokuristen den Geschäftsfreunden durch Briefe oder Cirkulare mitgetheilt.

Bei der dritten Art der Bestellung eines Prokuristen ist die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Willenserklärung nicht durch die Natur der Sache gegeben; allein dennoch ist dieselbe erforderlich. Nur darf nicht die Existenz der Erklärung mit dem Beweise der Existenz vermischt werden.

Es ist allerdings möglich, daß eine Zeichnung der Firma per procura auch ohne ausdrückliche Ermächtigung des Prinzipals zur Vornahme dieses Aktes dadurch rechtsbeständig wird, daß der Prinzipal dieselbe entweder von vorneherein gut geheißen oder sie nachträglich genehmigt hat[18]); allein wenn diese Fälle auch noch so oft vorgekommen sind, so wird doch niemals dadurch ein Prokurist bestellt. Derjenige, welcher z. B. zehn Mal ohne Ermächtigung die Firma des Prinzipals per procura gezeichnet hat, während der Prinzipal die Zeichnung in allen diesen zehn Fällen nicht beanstandet, sondern die darin überkommenen Verbindlichkeiten erfüllt, die Vortheile an sich genommen hat, ist dadurch noch immer nicht befugt, auch ein eilftes Mal per procura zu zeichnen[19]). Die Ermächtigung zu einer Zeichnung der Firma per procura kann durch konkludente Handlungen ertheilt werden, die Ermächtigung zur Zeichnung der Firma per procura aber nicht.

Damit Jemand als Prokurist erachtet werden könne, ist demnach unter allen Umständen erforderlich, daß der Prinzipal nicht blos durch sein Verhalten, sondern durch eine ausdrückliche Erklärung seinen Willen kund gegeben hat, diese Person solle ermächtigt sein, die Firma per procura zu zeichnen. Dagegen kann allerdings unter Umständen aus der Thatsache,

---

„ich übertrage Ihnen die Prokura, wir werden morgen die Sache beim Handelsgerichte ordnen" und X. zeichnet noch am 1. Juli einen Wechsel per procura, so ist N. daraus verhaftet.

[17]) Wie Endemann und Schliemann proponirt hatten, vgl. Goldschmidt Gutachten S. 35.

[18]) Z. B. ein Kommis unterzeichnet in Gegenwart und unter den Augen des Prinzipals einen Wechsel per procura oder der Prinzipal sendet den von seinem Sohne per procura acceptirten Wechsel als Zahlung an seinen Geschäftsfreund; daß hier der Prinzipal die Haftung nicht ablehnen kann, ist klar; aber der Kommis, der Sohn, wird hierdurch nicht zum Prokuristen.

[19]) Dies wäre gleichsam eine Acquisitivverjährung der Prokuristeneigenschaft.

daß ein Prinzipal die Zeichnung der Firma per procura Seitens einer bestimmten Person unbeanstandet ließ, daß er die Verbindlichkeiten der so verpflichteten Firma erfüllte, daß er die Ansprüche der so berechtigten Firma geltend machte, der Beweis oder mindestens eine erhebliche Vermuthung dafür entnommen werden, daß der Prinzipal die Ermächtigung wirklich ertheilt habe, daß er die betreffende Person zu seinem Prokuristen bestellt habe. Hiergegen läßt sich die nebenbei in den Protokollen[20]) vorkommende Aeußerung, die Prokura könne auch thatsächlich ertheilt werden, nicht entgegenhalten; denn obwohl auf Grund dieser Bemerkung für die dritte Lesung die Aufnahme der Worte „wenn auch nur stillschweigende Ermächtigung" vorgeschlagen worden war[21]), so wurde doch in der dritten Lesung davon Umgang genommen, woraus allerdings zu entnehmen sein dürfte, daß eine stillschweigende Bestellung einer Person zum Prokuristen nicht im Sinne des Gesetzgebers lag.[22]). Die Meinung der Kommission bestand nur darin, daß die Aufstellung als Prokurist nicht eine ausdrückliche Bevollmächtigung, das Geschäft auf den Namen und für Rechnung des Prinzipals zu betreiben, erfordere, sondern daß es genügen solle, wenn Jemand ermächtigt wird, die Firma per procura zu zeichnen[23]). Der „Auftrag zum Betriebe des Handelsgeschäftes im Namen und auf Rechnung des Prinzipals" kann stillschweigend und thatsächlich dadurch ertheilt werden, daß die Ermächtigung gegeben wird, die Firma per procura zu zeichnen; die allgemeine Ermächtigung aber, die Firma per procura zu zeichnen, und damit die Ermächtigung zum Betriebe des Handelsgeschäftes als Prokurist kann stillschweigend nicht ertheilt, und durch thatsächliche Momente nicht begründet werden[24]).

---

[20]) S. 952.

[21]) Goldschmidt Gutachten S. 36. Man kann sagen: „Wer mit Wissen des Prinzipals die Firma zeichnet, ist Prokurist", das heißt, es wird angenommen, diese Zeichnung sei von dem Prinzipal selbst abgegeben; aber man kann nicht sagen, „wer mit Wissen und ohne Widerspruch des Prinzipals die Firma per procura gezeichnet hat, ist dadurch zum Prokuristen bestellt."

[22]) Ebenso v. Kräwel in Busch Archiv Bd. III S. 173 ff. Anderer Meinung v. Hahn Kommentar S. 120.

[23]) Dies ist es im Grunde auch, was Busch im Archiv Bd. I S. 47 unter stillschweigender Prokuraertheilung versteht.

[24]) Weil sonach die Ertheilung der Prokura eine Handlung ist, deren sich der Prinzipal vollkommen bewußt sein muß und es sich nicht um einen Rechtsbegriff, sondern um einen bestimmten, äußerlich deutlich erkennbaren Rechtsakt

5) Kollektivprokura.

Es steht dem Chef eines Handlungsetablissements frei, die unbeschränkte Vollmacht, welche das Handelsgesetzbuch unter der Prokura versteht, nicht blos Einem, sondern Mehreren zu verleihen. In diesem Falle ist jeder Einzelne Prokurist und seine Handlungen haben für sich die Wirkungen, welche der unter Prokura ausgeübten Thätigkeit nach dem Gesetze zukommen.

Es kann aber auch die Prokura nicht mehreren Personen, jedem für sich, sondern Mehreren gemeinschaftlich, ertheilt werden[25]; in diesem Falle ist nicht jeder derselben Prokurist, sondern nur alle zusammen sind Prokuraträger. Demnach kann solchenfalls kein Einzelner für sich allein als Prokurist auftreten, selbst nicht, wenn Gefahr im Verzuge ist[26]; die gemeinschaftlich mit Prokura Versehenen können nur sammt und sonders handeln[27], nur ihre gemeinsame Per-Procura-Zeichnung gilt als Zeichnung der Firma[28].

Der Begriff der Prokura ergibt, daß diese Kollektivprokura nur im Ganzen ertheilt werden kann; es ist unzulässig, mehrere Prokuristen aufzustellen, welche im Allgemeinen jeder für sich, für spezielle Geschäfte aber nur insgesammt handeln können[29].

Die Kollektivprokura kann aber Mehreren zusammen in der Weise ertheilt werden, daß immer je zwei oder je drei u. s. w. die Firma gültig zeichnen sollen, denn es ist im Effekte gleich, ob A. dem B., C. und D. Kollektivprokura in der Weise gibt, daß je zwei gültig zeichnen können, oder ob er anmeldet, er habe dem B. und C. Kollektivprokura ertheilt, dem B. und D. gleichfalls und dem C. und D. desgleichen. Unzulässig erscheint aber die zu allgemeine Klausel, daß immer „einige" der Kollektivprokuristen zusammen handeln und zeichnen sollen[30].

---

handelt, so kann im Prozesse dem Prinzipal der Eid darüber zugeschoben werden, „daß er den N. N. zu seinem Prokuristen nicht bestellt habe." Vgl. das Erkenntniß des Kreisgerichtes zu Cöslin in Busch Archiv Bd. VII S. 169.

25) Diese Bestimmung fehlte im Pr. E. und wurde erst bei der Berathung beschlossen. Prot. S. 88.

26) Eine desfallsige Ausnahmebestimmung wurde bei der Berathung als zu bedenklich abgelehnt. Prot. S. 950.

27) Endemann S. 137 Note 48.

28) Die entgegengesetzte Ansicht auf Grund der Landesgesetze vertritt v. Kräwel in Busch Archiv Bd. I S. 276.

29) Z. B. ein Kaufmann würde seinen beiden Söhnen Prokura ertheilen, jedoch verordnen, daß sie für Wechselaccepte nur Kollektivprokura haben sollten.

30) Der Geschäftsinhaber F. Krupp kann dem A. Weber, L. Fischer, S. Böttcher

Wenn mehreren Personen Prokura ertheilt ist, so spricht die Vermuthung dafür, daß jeder selbstständiger Prokurist sei [31]; die Eigenthümlichkeit, daß eine gemeinsame Thätigkeit nöthig sein solle, muß durch eine desfallsige ausdrückliche Erklärung kund gegeben werden.

Ueber das innere Verhältniß der Kollektivprokuraträger bestimmt das Gesetz Nichts; der Prinzipal kann dieses nach eigenem Ermessen festsetzen, er kann daher anordnen, daß sämmtliche Beauftragte einig sein müssen, um eine Zeichnung der Firma vorzunehmen, er kann bestimmen, daß sich die Minderheit der Mehrheit zu fügen habe u. s. w. Dieß Alles hat für den Dritten keine Wirkung, für diesen entscheidet lediglich, ob die Gesammtheit gehandelt hat oder nicht [32].

---

und M. Stoll eine Kollektivprokura in der Weise ertheilen, daß die Firma F. Krupp von je zweien, oder mindestens von je zweien, gültig per procura gezeichnet werden kann. Einen Fall dieser Art mit fünf Kollektivprokuristen s. im Centralorgan 1864 Nr. 17. — Ueber analoge Fälle bei der Kollektivvertretung offener Handelsgesellschaften s. die Erläuterung zu Art. 86, 4.

[31]) So war es gemeines Recht, vgl. Thöl § 32 Note 2 u. 3. Aus dem Umstande, daß der Antrag, solches im Gesetze ausdrücklich zu statuiren, gefallen ist (Prot. S. 950), kann in Ermangelung konstatirter Gründe noch nicht geschlossen werden, daß diese Vermuthung nicht mehr Platz greifen solle. v. Hahn S. 121 scheint jedoch dieser Meinung zu sein.

[32]) Z. B. der Fabrikant A. ertheit seinen fünf Söhnen Kollektivprokura und bestimmt, daß vor jeder wichtigeren Handlung Berathung stattfinden und nur wenn mindestens vier einstimmig seien, das Geschäft vorgenommen werden solle. Ein bedeutender Baumwollenankauf ist in Frage, drei Söhne sind dafür, die anderen dagegen; allein der betreffende Bestellbrief wird den beiden Dissentirenden als ein gewöhnlicher Geschäftsbrief unterbreitet und von ihnen irrthümlich unterschrieben. Die Firma ist dadurch natürlich an den Kauf gebunden.

Art. 42.

Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie ersetzt jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht; sie berechtigt zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehülfen und Bevollmächtigten.

Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist.

Pr. E. Art. 40. I. E. Art. 42. II. E. Art. 41. Prot. S. 71ff., 89 ff., 950 ff.

1) Nachdem der in Art. 41 gegebene Begriff des Prokuristen diesen als den alter Ego des Prinzipals d. h. als denjenigen hinstellt, welcher die kaufmännische Persönlichkeit seines Vollmachtgebers vollständig repräsentirt, so ist hiermit zugleich festgesetzt, daß die Prokura eine umfassende Generalvollmacht enthält, deren Grenzen keine anderen als der Umfang der kaufmännischen Thätigkeit selbst sein können. Das a. d. HGB. hat den Preußischen Entwurf in dieser Hinsicht wesentlich erweitert. In letzterem war nämlich nach Art. 40 der Faktor nur für ermächtigt zu denjenigen Geschäften erklärt, welche der Betrieb des Handelsgeschäftes mit sich bringe und die Motive (S. 27) besagten, daß nach der Absicht des Gesetzes „in jedem einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Art und den Umfang des Geschäftes und auf den Handelsgebrauch beurtheilt werde, ob eine bestimmte Rechtshandlung in den Kreis des Geschäftsbetriebes falle oder nicht."

Allein eine solche Beschränkung würde offenbar den Zweck, welcher durch die Begriffsbestimmung der Prokura als „Aufstellung eines vollständigen kaufmännischen Repräsentanten" erreicht werden sollte, wieder vereiteln, indem die Sicherheit des Verkehres in Frage gestellt wäre, falls das Publikum jedesmal vorerst untersuchen müßte, ob der Prinzipal dieses oder jenes Geschäft noch in den Kreis seines Gewerbsbetriebes gezogen haben würde. Im Interesse des Verkehres liegt es vielmehr, als einzige Grenze der Machtvollkommenheit eines Prokuristen festzuhalten, daß er nicht andere als Handelsgeschäfte vornehmen darf[1]).

Es wurde aus diesen Erwägungen in dem vorstehenden Artikel statt

[1]) Prot. S. 90.

„des Handelsgeschäftes" gesetzt „eines Handelsgewerbes" und ausdrücklich konstatirt[2]), daß der Prokurist kraft der Prokura alle Geschäfte mit verbindender Wirkung für den Prinzipal machen dürfe, welche im Handelsverkehre vorkommen können[3]), d. h. welche der Betrieb irgend eines Handelsgeschäftes mit sich bringen könne.

Wenn daher z. B. der Inhaber einer Maschinenfabrik einen Prokuristen bestellt hat, und dieser schließt einen Lieferungsvertrag auf 100 Centner Kaffee ab, so ist der Prinzipal an dies Geschäft gebunden. Denn wenn auch regelmäßig der Maschinenfabrikant sich mit Kolonialwaarenhandel nicht abgibt, so ist er doch nach dem Handelsgesetzbuche daran nicht gehindert, und zwar sowohl im Hinblicke auf Art. 274 als auch auf Art. 11; ein Kaufmann kann rechtsverbindlich in jedem denkbaren Handelszweige Geschäfte machen. Da nun aber der Prokurist in Betreff der Handelsgeschäfte dieselbe Machtvollkommenheit hat, wie der Prinzipal, so ergibt sich, daß dem Gegenkontrahenten nicht etwa eine Erkundigungspflicht in dieser Hinsicht zugemuthet werden kann[4]).

2) Nicht blos die eigentlichen Geschäftshandlungen, sondern auch alle auf den Handelsbetrieb bezüglichen Rechtshandlungen fallen in die Ermächtigung des Prokuristen. Er hat also die Vollmacht, Waaren zu kaufen und zu verkaufen, dieselben zu empfangen oder zur Disposition zu stellen, Versicherungsverträge[5]) einzugehen, Kommissionen zu geben und zu übernehmen u. s. w. Insbesondere kann er unbeschränkt Wechsel ziehen, acceptiren und weiter indossiren. Alle diese Handlungen verpflichten Dritten gegenüber den Prinzipal nicht blos mit seinem Vermögen, sondern auch

---

2) Prot. S. 951.

3) Der Antrag, diese Fassung zu substituiren, wurde als unnöthig abgelehnt (Pr. S. 951).

4) Allerdings wird dadurch der Prinzipal unter Umständen erheblich geschädigt werden können; denn es kann hienach vorkommen, daß der Weinhändler, von einer Reise zurückkehrend, sich als Banquier wiederfindet (Thöl Bd. I S. 202), allein wer die Vortheile eines Alterego haben will, der muß auch die damit verbundene Gefahr übernehmen.

5) Besonders wichtig für den Fall einer Doppelversicherung; es wird, auch wenn der Prinzipal von der geschehenen Versicherung durch den Prokuristen noch Nichts wußte und keinen speziellen Auftrag dazu gegeben hatte, doch seine spätere Versicherung nach Art. 772 beurtheilt werden müssen, denn wenn der Prokurist versichert und der Prinzipal versichert, so ist dies eine Doppelversicherung.

mit seiner Person[6]); nachtheilige oder wider den Willen des Chefs vorgenommene Handlungen berechtigen diesen nur zur Schadensersatzforderung gegen den Prokuristen, dem Dritten gegenüber aber haftet er.

Ebenso muß der Prinzipal dasjenige anerkennen, was seine Geschäftsfreunde dem Prokuristen gegenüber gethan haben; eine dem Prokuristen geschehene Zahlung oder Dispositionsstellung ist dem Prinzipal geschehen. Hat der Prokurist eine solche Dispositionsstellung für begründet erklärt, so muß der Prinzipal die Waaren zurücknehmen; hat der Prokurist Dekort bewilligt, hat er Stundung gewährt, ist er einem Arrangement beigetreten, so kann sich der Gegenkontrahent dem Prinzipal gegenüber hierauf berufen.

Der Prokurist ist ferner befugt, Prozesse über die vorkommenden Handelsgeschäfte als Kläger und Beklagter zu führen[7]); Anwälte zu bevollmächtigen, Vergleiche und Kompromisse abzuschließen, Eide zuzuschieben und anzunehmen, Verzichte zu leisten.

Zwei dieser Rechtshandlungen bedürfen einer näheren Betrachtung:

a) Verzichte und Schenkungen.

An und für sich sind Verzichtleistungen, Nachlässe, Schenkungen, in den Befugnissen des Prokuristen vollkommen wie alle anderen Handlungen inbegriffen[8]). Allein nachdem, wie bereits oben erwähnt, der Umfang der Prokura durch die Grenzen der kaufmännischen Thätigkeit selbst begrenzt ist, so ist allerdings für derartige Handlungen dem Prokuristen nur ein geringer Spielraum gegeben; denn in der Regel werden dieselben nicht in den Bereich des Geschäftsbetriebes fallen, und alsdann handelt der Prokurist

---

[6]) Nicht der Prokurist, der Prinzipal kommt in Wechselhaft.

[7]) Es ist jedoch hier im Auge zu behalten, daß das Prozeßgericht Klagen gegen die Firma zwar in Abwesenheit des Prinzipals dem Prokuristen mit voller Gültigkeit insinuiren lassen kann, dagegen nicht, wenn der Prinzipal anwesend ist, weil in diesem Falle nach den Prozeßgesetzen dem Beklagten selbst, nicht einem Stellvertreter, die Ladung zu geschehen hat. Ist aber die Ladung richtig erfolgt und hat der Prokurist den Prozeß durchgeführt, so muß der Prinzipal allerdings die Erklärungen und Geständnisse des Prokuristen gegen sich gelten lassen. Vgl. den Rechtsfall in Busch Archiv Bd. VII S. 418.

[8]) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß hier immer nur die Stellvertretung in Frage kommt, die Frage, ob der Prinzipal eine solche Handlnng Dritten gegenüber als seine eigene anerkennen müsse, nicht die Frage, ob der Prokurist nach dem ihm ertheilten Auftrage seinem Prinzipale gegenüber dazu befugt ist.

dabei nicht als Prokurist, er vertritt nicht seinen Prinzipal, er handelt wohl in dessen Namen, aber ohne ihn zu verpflichten.

Wenn daher z. B. der Prokurist den Geschäftskunden ohne Wissen und Zustimmung des Prinzipals, ja gegen dessen ausdrücklichen Befehl die üblichen Neujahrsgeschenke macht, so ist dies als eine im Geschäftsbetriebe gemachte Handlung für den Prinzipal verbindlich; anders bei Schenkungen des Prokuristen, die nicht in das Gebiet des Geschäftsaufwandes fallen[9]). Aehnlich mit Schuldnachlässen; die Geschäftsschulden, aber auch nur die Geschäftsschulden, nicht die persönlichen Forderungen und Außenstände des Prinzipales werden von dem Prokuristen ganz frei behandelt werden können. Verfügt also der Prokurist z. B. die Abschreibung einer Schuld unter Annahme von unbedeutenden Prozenten, so wird dem Prinzipal, auch wenn er anderer Ansicht über die Solvenz des aus der Verbindlichkeit Entlassenen ist, dennoch eine Nachforderung nicht zustehen. Würde es dagegen etwa einem Prokuristen einfallen, dem Schwiegervater des Prinzipals das versprochene Heirathsgut zu erlassen, so hätte einen solchen Erlaß der Prinzipal natürlich nicht anzuerkennen.

b) Eidesleistung[10]).

Es sind zwei Fragen zu unterscheiden; die eine Frage geht dahin: kann einem Prokuristen statt dem Prinzipal der Eid zugeschoben und auferlegt werden; die andere dahin: kann der Prokurist einen von dem Prinzipal abzuschwörenden Eid in dessen Seele ableisten?

Diese letztere Frage ist unbedingt zu verneinen[11]); denn wenn auch in rechtlicher Beziehung der Prokurist das alter Ego des Prinzipals, der vollkommene Stellvertreter seiner kaufmännischen Persönlichkeit ist, so kann er doch nicht als dessen Vertreter der sonstigen Persönlichkeit nach erachtet werden.

---

[9]) Wenn also etwa der Prokurist einer Modewaarenhandlung, per procura seines Prinzipals, einer Tänzerin einen kostbaren Shawl aus dem Waarenlager als Geschenk übersenden würde, so könnte der Prinzipal, falls er sich nicht an den Prokuristen wegen des Ersatzes halten will, das Geschenk unbehindert zurückfordern.

[10]) Vgl. darüber Centralorgan Bd. II S. 19 und Bd. III S. 101 und Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 587, dann Busch Archiv Bd. III S. 81.

[11]) Wo eine Stellvertretung mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig ist, wie z. B. nach Th. I Tit. 10 §. 314 der A. Preuß. Gerichtsordnung, liegt eben ein Kompromiß vor, von welchem die Streitentscheidung abhängig gemacht sein soll.

Die Ableistung des Eides im Prozesse ist aber nichts Anderes als die eidliche Zeugenaussage des Prozeßgegners selbst; es wird in Ermangelung alles anderen Zeugnisses der Gegner als Zeuge aufgerufen[12]) und von dessen Aussage die Entscheidung des Streites abhängig gemacht. Die Delation ist demnach ein Akt des Vertrauens, durch welchen der Deferent zu erkennen gibt, daß er seinen Gegner für so gewissenhaft hält, daß er ihn zum Richter in eigener Sache zu machen keinen Anstand nimmt[13]). Wie nun aber Niemand für einen Anderen und statt desselben Zeugniß leisten kann (das Zeugniß des A. bleibt immer Zeugniß des A. und wird nie Zeugniß des B.), so kann auch Niemand statt eines Anderen den Prozeßeid, die streitentscheidende aufgerufene Hauptzeugschaft ablegen[14]). Der Schwerpunkt liegt deshalb gerade auf der Persönlichkeit des Schwörenden; der Gegner selbst soll durch die Eideszuschiebung Richter in eigener Sache werden, nicht ein anderer, nicht der Prokurist.

Eine andere Frage ist, in wie weit der Prinzipal, wenn nicht er selbst, sondern der Prokurist die Handlung, über welche geschworen werden soll, vorgenommen hat, sich gegen die Eidesableistung auf Grund seiner Unkenntniß verwahren kann. An sich ist die Handlung des Prokuristen eine fremde; sie ist zwar im Namen und in Vertretung des Prinzipals, aber nicht von diesem geschehen, und wenn es sich daher um das reine Faktum Seitens des Prokuristen handelt, so wird dies Faktum ein dem Prinzipal fremdes bleiben und derselbe zum Eide darüber nicht angehalten werden können[15]). Wenn dagegen nicht blos ein thatsächliches Verhalten des Prokuristen in Frage kommt, sondern dessen Thätigkeit in Ausübung des Geschäftsbetriebes, in ihren Beziehungen zur Thätigkeit der Firma, dann kann der Prinzipal die Eidesleistung als über eine ihm fremde Thatsache nicht ablehnen;

---

12) Bayerische Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2.

13) v. Bayer, Civilprozeß §. 262 n. 3.

14) Daß die Vertretung von Korporationen an diesem Satze nichts ändert, ergibt sich daraus, daß bei diesen nicht spezielle Eidesvertretung, sondern Handlungsvertretung im Allgemeinen vorliegt. Ebendeshalb ist, wo eine eidesstattliche Versicherung gefordert wird, diese ungenügend, wenn sie vom Prokuristen ertheilt ist. Vgl. das Erk. des Berliner Stadtgerichtes in Busch Archiv Bd. IX S. 119.

15) Z. B. der verklagte Käufer behauptet, der Prokurist habe ihm Namens der Firma auf ein halbes Jahr Frist ertheilt.

er muß in dieser Hinsicht seinen Prokuristen vollkommen vertreten und er muß dasjenige wissen, was in seinem eigenen Geschäfte vorgeht[16]).

Was aber die erste Frage betrifft, ob dem Prokuristen als solchem der Eid zugeschoben und auferlegt werden könne, so ist hinsichtlich der gewöhnlichen Prozeßeide dieselbe zu verneinen. Denn indem diese Eide nur die Vernehmung des Gegners als Zeuge ersetzen, so finden dieselben dann nicht statt, wenn der zum Eide Anzuhaltende selbst als Zeuge im Prozesse vernommen werden kann. Derjenige, welcher ein Geschäft mit dem Prokuristen abgeschlossen hat und sich des Eides des Prokuristen zur Herstellung des Beweises bedienen will, hat denselben als Zeugen vorzuschlagen, kann ihm aber den Eid nicht zuschieben, da ja nicht der Prokurist, sondern die Firma, welche er vertritt, Prozeßgegner ist[17]).

Was endlich die besonderen Eide, Diffessionseid, Editionseid und Bucheid anbelangt, so wird dem Richter nicht versagt sein können, auf Verlangen der Partei hier den Prokuristen zum Eide anzuhalten.

3) Daß dem Prokuristen die Aufstellung von Bevollmächtigten zur Vermittelung von Geschäften zustehen müsse, darüber bestand nie ein Zweifel. Derjenige, welcher als alter Ego des Prinzipals das Handelsgeschäft zu führen hat, kann naturgemäß nicht behindert sein, nach Bedarf sich eines Mäklers zu bedienen, Kommissionäre und Agenten zu beauftragen, oder Advokaten und Anwälte aufzustellen.

Desgleichen ist darüber keine Kontroverse möglich, ob die Annahme von Gehülfen statthaft sei, welche der Prokurist für sich zur Ausführung

---

[16]) Der Prinzipal kann den Eid, daß die Firma diese oder jene Bestellung nicht gemacht habe, nicht ablehnen, wenn auch im Prozesse vorkommt, der Bestellungsbrief sei vom Prokuristen abgesendet worden; er kann das per procura gezeichnete Accept nicht für „ihm unbekannt" erklären, sondern er muß es entweder eidlich ableugnen oder es anerkennen.

[17]) Allerdings ersetzt dieses Zeugniß nicht vollkommen die Zuschiebung des Eides; denn wenn auch in solchen Fällen der eine bestätigende Zeuge unter Umständen ebenso, als wenn der Eid über die Negative verweigert worden wäre, als zum vollen Beweise hinreichend angesehen werden darf, so ist doch, wenn z. B. der Prokurist nicht aufgefunden werden kann, der Gegner in erheblichem Nachtheile. Andererseits läßt sich aber sicher nicht verkennen, daß die entgegengesetzte Ansicht, (man denke nur an eine Feindschaft zwischen Prokuristen und Prinzipal und andere Fälle,) gegen den Prinzipal ungerecht wäre. Nur der eigene Eid kann unter allen Umständen unbedingt prozeßentscheidend sein.

seiner Geschäfte bewirkt. Derjenige z. B., welchem ein Bankgeschäft zur Verwaltung übertragen ist, hat selbstverständlich das Recht, einen Gehülfen in seine Dienste zu nehmen, den er bezahlt und der ihm dagegen die Korrespondenz besorgt, die Bücher führt u. s. w. Derartige Bedienstete des Prokuristen treten mit dem Prinzipale in kein Rechtsverhältniß; der letztere könnte im vorerwähnten Falle den Korrespondenten nicht zur Fortsetzung der Dienste im Geschäfte anhalten, wenn er den Prokuristen entlassen hätte, umgekehrt könnte sich der Korrespondent wegen des versprochenen Salairs weder an den Prinzipal noch an die Firma halten[18]).

Dagegen ergab sich bei Berathung des Gesetzes eine große Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Frage, in wieweit dem Prokuristen die Befugniß einzuräumen sei, für den Prinzipal Gehülfen und Bevollmächtigte anzustellen. Man hielt von der einen Seite eine solche Befugniß, mit welcher neue Organe der Verpflichtung des Prinzipals geschaffen werden, für zu erheblich, und erachtete sie keineswegs für so unzertrennlich mit dem Betriebe eines Geschäftes verbunden, daß sie unbedingt und als sich von selbst verstehend zugegeben werden könnte[19]).

Andererseits aber wurde hervorgehoben, wie mißlich es sein würde, wenn für eine Befugniß der bezeichneten Art immer erst auf Beibringung einer besonderen Vollmacht bestanden werden müßte, während doch jeder, der einem Bevollmächtigten Gewalt gebe, über das ganze Kapitalvermögen zu verfügen, keinen Anstand nehmen werde, ihm auch Macht über seine Gehülfen einzuräumen; ferner daß für den Fall der Abwesenheit des Prinzipals diese Befugniß gar nicht entbehrt werden könne. Endlich wurde als durchschlagender Grund[20]) der Umstand hervorgehoben, daß das Publikum gar nicht ermessen könne, von wem das im Geschäfte thätige Personal angestellt sei, und ob es vom Prinzipal oder nur vom Prokuristen Vollmacht erhalten habe.

Dem Inhalte des Art. 42 gemäß, welcher eine desfallsige Beschränkung

---

[18]) In wieweit sich der Prinzipal solche Substitutionen gefallen lassen muß, ist übrigens in der Wissenschaft eine sehr bestrittene Frage. Vgl. Thöl §. 32. Brinkmann §. 120 III.

[19]) Deshalb war es z. B. in Oesterreich früher stets gebräuchlich, diese Ermächtigung, wenn sie stattfinden sollte, in der Prokura ausdrücklich zu erwähnen (vgl. Prot. S. 77) und wurde dies in erster Lesung (S. 78) auch angenommen, später aber gestrichen.

[20]) Daraufhin erfolgte auch (Prot. S. 91) die Streichung der desfallsigen Beschränkung.

nirgends enthält, ist demnach auch der Prokurist befugt, mit für den Prinzipal verbindender Kraft sowohl Handlungsgehülfen aller Art als auch Handlungsbevollmächtigte zu bestellen und zu entlassen; eben deshalb aber kann ihm auch das Recht nicht bestritten werden, die Verträge und Instruktionen des berits angestellten Personales zu ändern, insbesondere die Salaire zu erhöhen oder zu mindern.

Selbstverständlich kann der Prinzipal den Prokuristen nach Innen auch in dieser Hinsicht beschränken, so daß er sich z. B. während seiner eigenen Anwesenheit im Geschäfte die desfallsigen Verfügungen vorbehält, und alsdann der Prokurist bei Ueberschreitungen schadensersatzpflichtig wird.

Einen Prokuristen kann der Prokurist nicht bestellen. (Vgl. die Ausführungen zu Art. 53.)

4) Die Grenzen der Prokura sind identisch mit den Grenzen des Handelsbetriebes selbst; nach Art. 275 sind Verträge über Immobilien keine Handelsgeschäfte, daher wird die Belastung und Veräußerung von Grundstücken in der Regel außerhalb der Befugniß, welche die Prokura ertheilt, fallen. Doch ist dieß nicht vollkommen zutreffend; mitunter wird die Veräußerung von Grundstücken als Nebensache eines Handelsgeschäftes sich darstellen, z. B. beim Verkaufe eines Etablissements [21]). Anderntheils wird häufig auch die Belastung von Immobilien, wenn auch nicht selbst ein Handelsgeschäft sein, so doch in den Handelsbetrieb fallen; man denke z. B. an die Sicherung eines Bankkredites durch hypothekarische Kaution.

Allein auch eine solche Handlung soll nach der Absicht des Gesetzgebers nicht an und für sich schon in den Bereich der Prokura fallen, weil die Verwendung des Vermögens zu diesen Zwecken immerhin dem eigentlichen Handelsbetriebe ferner liegt und von dem Prinzipale ohne ausdrückliche Erklärung nicht als beabsichtigt erscheint [22]).

Unter Grundstücken versteht das Gesetz alle Immobilien, dagegen

---

[21]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I S. 514.

[22]) Man hatte eingewandt (Prot. S. 77), daß die Prokura ja doch die Mittel an die Hand gebe, um auch ohne besondere Berechtigung die Geschäfte des Prokuraträgers durch gerichtliche Urtheile, durch die auf Grund derselben erwirkten Verpfändungseinträge, Exekutionen u. s. w. auf die Immobilien des Prinzipals einwirken zu lassen. Allein hiergegen ward erinnert, daß es sich in diesen Fällen nicht um Verfügungen über Immobilien durch den Inhaber der Prokura, sondern nur um die möglichen Folgen seiner anderweiten Geschäfte für das Immobiliarvermögen des Prinzipals handle.

können nicht auch alle Immobiliarrechte darunter begriffen werden; der Prokurist wird demnach, insoferne es zum Handelsbetriebe gehört, Hypothekforderungen des Prinzipales an Andere cediren dürfen [23]).

Veräußerung begreift hier auch Verpachtung und Vermiethung in sich. Der Erwerb von Grundstücken, ebenso Miethe und Pacht von solchen, sobald der Betrieb des Handelsgewerbes die Vornahme dieser Geschäfte mit sich bringt, steht dem Prokuristen allerdings zu.

Die ursprüngliche Fassung (Art. 42 der I. Lesung) lautete dahin, daß eine Ermächtigung des Prokuristen zu den bisher erörterten Handlungen ausdrücklich ertheilt werden müsse. In der zweiten Lesung [24]) wurde, „um auch eine thatsächliche Ertheilung der betreffenden Befugniß möglich zu machen" jenes Wort durch „besonders" ersetzt [25]).

Uebrigens kann eine solche Ermächtigung dem Prokuristen schon bei Ertheilung der Prokura oder aber nachträglich in einem besonderen Akte gegeben werden.

5) Nach dem mehrfach erörterten Satze, daß der Prokurist der alter Ego des Prinzipals ist und seine Handlungen rechtlich als Handlungen des Prinzipals gelten, entscheidet sich auch die Frage, wie es sich verhält, wenn Handlungen des Prinzipals und des Prokuristen konkurriren. Hier gehen nicht etwa die Handlungen des Prinzipals unter allen Umständen vor, sondern es ist diejenige Handlung maßgebend, welche entscheidend wäre, wenn eine und dieselbe Person beide vorgenommen hätte.

Z. B. der Holzhändler Mayer in Regen hat an das Handlungshaus Gebrüder Fischer in Mainz (Inhaber Adam Fischer) 1000 Stück Bretter, das Hundert zum Preise von 40 Thalern, verkauft, ist aber mit der Ablieferung im Verzuge. Der Fischer'sche Prokurist schreibt nach fruchtloser Androhung (Art. 356) unter dem 1. Mai 1867 dem Mayer, die Firma

---

[23]) Da der Prokurist nur die kaufmännische Persönlichkeit des Prinzipals vertritt, so wird diese Befugniß, wenn die Firma von dem gewöhnlichen Namen des Prinzipals verschieden ist, sich nur auf jene Hypothekforderungen erstrecken, welche auf den Namen der Firma lauten, denn nur diese sind zum Handelsvermögen gehörig und zum Handelsbetriebe bestimmt.

[24]) Prot. S. 952.

[25]) Bei den Prokuristen werden solche „thatsächliche" Ermächtigungen selten vorkommen, wohl aber bei Handlungsbevollmächtigten; insbesondere kann bei den in Fabriken Angestellten die Ermächtigung zu einzelnen der sonst ausgenommenen Handlungen schon in der Art der übertragenen Geschäftsaufgabe nothwendig mit inbegriffen sein.

reflektire nicht weiter auf die Bretterlieferung und betrachte nunmehr das Geschäft als nichtgeschlossen. Adam Fischer, welcher wegen Abwesenheit hiervon Nichts weiß, kommt am 7. Mai 1867 selbst nach Regen, läßt Mayer wissen, er möge nun baldigst die Lieferung effektuiren, und behält sich wegen der Verspätung vollen Schadensersatz bevor, ohne jedoch vom Verkäufer Antwort zu erhalten. Hierauf erhebt Fischer Klage gegen Mayer.

Der Kläger wird hier nicht durchdringen, denn die vom Prokuristen getroffene Wahl, welche als von Prinzipal geschehen anzusehen ist, hatte die alternative Obligation des Art. 355 bereits aufgehoben.

Oder:

Adolph Adler offerirt dem Kaufmanne Benno Besser 100 Stück Oesterreichische 60er Loose zu 65%; Besser antwortet brieflich zustimmend; da aber inzwischen die Nachrichten ungünstig lauten, so telegraphirt in Abwesenheit des Besser am Nachmittage dessen Prokurist, das Haus Besser könne von der Offerte keinen Gebrauch machen und lehne dankend ab; hier kann Adler, wenn der Brief des Prinzipals später als das Telegramm des Prokuristen ankommt (Art. 320 Abs. 2), keinen Anspruch auf Abnahme der Loose erheben.

Art. 43.

Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura (Art. 42) hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Dies gilt insbesondere von der Beschränkung, daß die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelte, oder daß sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden solle.

Pr. E. Art. 43 und 44. I. E. Art. 43. II. E. Art. 42. Prot. S. 86, 952.

1) Die Bedeutung der Prokura als einer vollständigen Vertretung der kaufmännischen Persönlichkeit schließt ihrem Begriffe nach jede Beschränkung

aus [1]); denn durch eine solche würde eben die Vollständigkeit der Repräsentation aufgehoben und damit die Prokura in den Kreis der gewöhnlichen Vollmacht herabgedrückt.

Es war daher ein offenbarer Fehler, wenn der Pr. E. in Art. 43 zuließ, daß dem Faktor die Prokura unter der Beschränkung ertheilt werden könne, sie solle nur für einen gewissen Zweig des Handelsgewerbes gelten, sie solle nur unter bestimmten Umständen ausgeübt werden, oder es sollen gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften ausgenommen sein. In welche Kasuistik diese Bestimmungen geführt haben würden, zeigen die Motive [2]) zu diesem Artikel, welche zugeben, daß ungeachtet dieser Beschränkungen dennoch Ueberschreitungen der limitirten Prokura für den Prinzipal verbindlich seien, wenn Umstände vorliegen, welche eine Ermächtigung oder eine nachträgliche, wenn auch stillschweigende Genehmigung des abgeschlossenen Geschäftes Seitens desselben ergäben oder welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Verpflichtung des Prinzipals begründeten.

Es wurde daher bei den Berathungen ungeachtet mehrfachen Widerspruches anfänglich der Preußische Artikel in das wörtliche Gegentheil umgekehrt, später aber die jetzige Fassung gewählt, durch welche das leitende Prinzip in voller Schärfe ausgedrückt ist, daß der Prokurist unter allen Umständen im Verkehre nach Außen als alter Ego der kaufmännischen Persönlichkeit des Geschäftsinhabers erscheine und behandelt werden könne.

Eine besondere Erörterung bedarf die Frage, ob nicht wenigstens diejenige Beschränkung zulässig sei, daß einem Prokuristen nur in Gemeinschaft mit dem Inhaber der Firma die Vertretung gestattet werde. Man beruft sich zur Begründung der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung auf die Kollektivprokuren [3]); allein wenn erwogen wird, daß, im Falle mehreren vom Inhaber der Firma verschiedenen Personen die Prokura ertheilt ist, ungeachtet jener Beschränkung immer noch der Begriff der Stellvertretung in Wirksamkeit bleibt, daß aber, wenn der Prokurist nur mit dem Inhaber zugleich Rechtshandlungen vornehmen darf, von einer Stellvertretung des Prinzipals dem Begriffe nach gar nicht mehr die Rede sein kann, so wird man sich für Verneinung der obigen Frage aussprechen müssen [4]).

---

[1]) Der Vertreter von Hamburg bemerkte daher mit Recht: von der Prokura müsse gelten, was von der legis actio gegolten habe: non recipit diem vel conditionem (Prot. S. 74).

[2]) Seite 29.

[3]) Vgl. Priber in Busch Archiv Bd. I S. 275.

[4]) In wie weit bei Gesellschaften eine Ausnahme hiervon stattfindet, siehe im II. Buche.

2) Dritten Personen gegenüber.

Die Prokura bezieht sich vorzugsweise auf die Repräsentation des Geschäftsinhabers nach Außen, auf eine Vertretung seiner kaufmännischen Persönlichkeit im Verkehrsleben. In dieser Richtung sind alle Beschränkungen ausgeschlossen, jeder Dritte ist befugt, den Prokuristen als den alter Ego des Prinzipals anzusehen und zu behandeln.

Insoferne aber die Prokura, das heißt diese vollkommene Repräsentation durch einen Auftrag des Prinzipals an den Prokuristen entsteht, ihn in seiner kaufmännischen Persönlichkeit zu vertreten, hat dieselbe auch eine innere Seite; das Rechtsverhältniß nach Innen, zwischen Prinzipal und Prokuristen, wird von den bisher erörterten gesetzlichen Bestimmungen nicht berührt. Deshalb wurde in dritter Lesung (Prot. S. 4630)[5]) der in den Entwürfen enthaltene allgemeine Satz: der Umfang der Prokura kann nicht beschränkt werden, in obiger Weise geändert.

Wenn demnach auch die Prokura als solche, wie der Begriff ergibt, nicht beschränkt werden kann, so ist doch die Stipulation zwischen Prinzipal und Prokuraträger zulässig und rechtsverbindlich, daß der letztere von der Prokura nur in gewissen Zweigen des Geschäftes, oder nur für gewisse Arten von Geschäften oder nur unter gewissen Umständen Gebrauch mache Diese Stipulation ist aber immer nur eine zwischen den Betheiligten über Ausübung der Prokura geschlossene, welche den Prokuristen verpflichtet, nach den ertheilten Direktiven zu handeln und ihn im Ungehorsamsfalle für allen Schaden haftbar macht; die Prokura selbst wird dadurch nicht beschränkt, im Verkehre nach Außen bleibt der Prokurist immer der vollständige Vertreter der kaufmännischen Persönlichkeit des Geschäftsherrn[6]).

Wenn also z. B. der Inhaber der Firma Mayer und Söhne dem X. Prokura ertheilt, jedoch sich die Zeichnung der Accepte und die Ausstellung von Wechseln speziell vorbehalten hätte, so wäre dieser Vorbehalt vollkommen gültig und rechtswirksam. Der Prokurist wäre in diesem Falle nicht berechtigt, zu trassiren oder Wechsel zu acceptiren; eine Zuwiderhandlung würde den Prinzipal nicht nur zur sofortigen Entlassung des Prokuristen, (wenn der Prokurist zugleich Handlungsgehülfe ist, ohne weiteres Salair,)

---

[5]) Schon früher (Prot. S. 1425) war ein Antrag auf Beseitigung dieser Fassung gestellt worden.

[6]) Daraus aber ergibt sich, daß die Prokura, das heißt die Ermächtigung, den Prinzipal zu vertreten, nicht blos Dritten gegenüber, sondern überhaupt nicht beschränkt werden kann; daher die ursprüngliche Fassung immerhin richtig war.

sondern auch zur Klage gegen ihn auf Ersatz der Wechselbeträge berechtigen. Allein die Wechsel und Accepte würden demungeachtet Wechsel und Accepte der Firma Mayer und Söhne bleiben, und die Firma sie einlösen müssen.

3) Keine rechtliche Wirkung.

Der P. E. hatte in Art. 44 die rechtliche Wirkung der Beschränkung einer Prokura davon abhängig gemacht, daß sich der Dritte in bösem Glauben befinde und hatte diesen bösen Glauben vermuthet, wenn die Beschränkung im Handelsregister veröffentlicht war. Das Handelsgesetzbuch konnte diesen Satz selbstverständlich nicht mehr annehmen, nachdem seinen Prinzipien zufolge die Prokura eine absolute Vollmacht zur kaufmännischen Repräsentation sein soll. Aus diesem Prinzipe ergibt sich vielmehr sofort, daß „von einem Wissen des Dritten von der Beschränkung einer Prokura" gar nicht mehr gesprochen werden kann; denn wenn es eine beschränkte Prokura nicht gibt, so kann auch Niemand von einer solchen etwas wissen. Es kann aber auch nicht von einem Willen des Prinzipals, eine beschränkte Prokura zu ertheilen, oder von der Absicht, nur eine Handelsvollmacht zu ertheilen, gesprochen werden; der Wille des Prinzipals drückt sich durch die Ernennung des Prokuristen, durch den Eintrag der Prokura in das Handelsregister so deutlich aus, daß jede andere Intention, wenn sie absichtlich im Geheimen bestehen sollte, eine dolose und daher unwirksame sein müßte.

Die Frage würde sich also lediglich dahin stellen, welche Wirkungen hat es, wenn der dritte Kontrahent weiß, daß der Prinzipal dem Prokuristen den Gebrauch der ihm ertheilten Repräsentationsvollmacht für gewisse Fälle verboten hat? Sobald die Frage so gestellt wird, ergibt sich sofort, daß der Art. 55 des a. d. HGB. auf den gegebenen Fall keine Anwendung finden kann [7]; denn Prokurist ist und bleibt der Beauftragte, er handelt nicht ohne Prokura, das Geschäft, welches er gegen Verbot abschließt, ist vollkommen gültig und wirksam abgeschlossen. Es würde daher nicht zugelassen werden können, daß z. B. dem Inhaber eines per procura

[7]) S. Endemann S. 132, Thöl S. 202, anderer Meinung Busch im Archiv Bd. I S. 53. Es wird bei Erörterung dieser Frage immer nur der Fall betrachtet, daß der Prinzipal beschädigt ist. Setzen wir aber, der Prokurist einer Baumwollspinnerei, in welcher sich der Prinzipal den Ankauf der Baumwolle vorbehalten hat, schließt demungeachtet unter Benützung momentaner Konjunkturen einen sehr vortheilhaften Lieferungsvertrag. Wird hier Jemand bezweifeln, daß der Lieferant sich niemals unter Berufung auf Art. 55 seiner Verbindlichkeit entziehen kann?

gezeichneten Wechselacceptes die Einrede entgegengesetzt werde, dem Prokuristen sei die Acceptirung von Wechseln verboten gewesen und der Remittent habe hievon Kenntniß gehabt.

Der Prinzipal wird dem bisher Erörterten zufolge ungeachtet seiner Stipulation mit dem Prokuristen über beschränkten Gebrauch der Prokura durch die Handelsgeschäfte des Prokuristen berechtigt und verpflichtet; er kann den Vollzug der Geschäfte verlangen und muß die Geschäfte erfüllen. Es wäre daher nur die Frage denkbar, ob, wenn die Erfüllung dem Prinzipal nachtheilig ist, demselben neben dem Prokuristen auch der Dritte, welcher wußte, was zwischen Prinzipal und Prokurist verabredet war, schadensersatzpflichtig sei. Diese Frage wird zu bejahen sein, wenn die Handlungsweise des Prokuristen unter den Begriff der Delikte fällt, denn in diesem Falle ist der Mitkontrahent Theilnehmer des Deliktes. Soferne aber der Prokurist nur eine einfache Vertragsverletzung sich zu Schulden kommen läßt, und die Handlungsweise des dritten Unbetheiligten nicht an sich selbst als Betrug erscheint, wird der letztere zur Schadensersatzleistung nicht angehalten werden können [8]).

4) Es war in den früheren Entwürfen neben den im zweiten Absatze als unzulässig erklärten Beschränkungen noch besonders erwähnt, daß die Prokura nicht für einen gewissen Zweig des Handelsgewerbes ertheilt werden könne. Diese Worte wurden später gestrichen [9]), allein nicht, weil der durch dieselben ausgesprochene Satz als unrichtig angesehen wurde, sondern lediglich, um Mißverständnisse zu vermeiden.

Unzulässig erscheint es nämlich, wenn ein Geschäft verschiedene wenn auch selbstständige, Abtheilungen hat, die Prokura auf eine dieser Abtheilungen zu beschränken. Der Inhaber einer Buchhandlung z. B. kann zwar die Zweige seines Etablissements so theilen, daß er das Sortiment seinem Prokuristen überträgt, den Verlag aber selbst leitet, allein wenn der Prokurist

---

[8]) Anderer Ansicht Busch im Archiv Bd. I S. 53; allein der Art. 55 spricht ausdrücklich nur vom Mangel der Prokura und nennt die „Ueberschreitung" lediglich bei der Vollmacht; eine exceptio doli ist aber rechtlich nur dann zu begründen, wenn derjenige, gegen welchen exzipirt wird, eine Pflicht verletzt hat. Da nun aber der Prinzipal durch den gegen den Auftrag handelnden Prokuristen jedenfalls Rechte erwirbt, so wird er hier ebensowenig Nachtheile ablehnen können, als wenn solche ihm durch die vom Gegenkontrahenten benützte Ungeschicklichkeit des Prokuristen im Kaufen und Verkaufen erwachsen.

[9]) Prot. S. 952.

dennoch ein Werk in Verlag nehmen würde, so wäre der Prinzipal an den Verlagsvertrag gebunden [10]).

Ein Anderes aber ist es, wenn ein Kaufmann mehrere Etablissements unter verschiedenen Firmen betreibt, oder wenn er die Zweige seines Geschäftes zu selbstständigen Etablissements ausgebildet hat. In diesem Falle ist die für das eine Etablissement, für die eine Firma ertheilte Prokura selbstverständlich nur für diese, nicht für die anderen Firmen ertheilt. Wenn der Prokuraträger eine andere Firma zeichnet, so handelt er ohne Prokura und es findet Art. 55 auf ihn Anwendung. Es wurde bei den Berathungen (Prot. S. 74) ausdrücklich aufmerksam gemacht, daß, wer nicht auf Aufstellung eines Prokuristen für einen besonderen Handelszweig, also für einen beschränkten Kreis von Geschäften verzichten wolle, für den letzteren eine eigene Firma wählen müsse.

Hiernach entscheidet sich die Frage über die Prokura bei Zweigniederlassungen [11]). Hat die Zweigniederlassung eine mit der Hauptniederlassung identische Firma [12]), so bewirkt der Umstand, daß der Sitz desjenigen Geschäftes, für welches die Prokura ertheilt ist, sich an einem anderen Orte als dem der Hauptniederlassung befindet, nach der klaren Vorschrift des Gesetzes keine Beschränkung in der Befugniß des Prokuristen, Dritten gegenüber als Stellvertreter des Prinzipals auch hinsichtlich des Hauptgeschäftes zu handeln, und ebenso kann der Prinzipal auch nicht für die Hauptniederlassung allein einen Prokuristen bestellen [13]). Es müßte dieß selbst dann gelten, wenn zwei selbständige Geschäfte desselben Prinzipals unter derselben Firma geführt würden [14]).

---

[10]) Wenn ein Vollkaufmann nebenbei auch kaufmännische Geschäfte der in Art. 10 bezeichneten Art betreibt, so kann er zwar, wie oben S. 88 erwähnt, für diese Gewerbsthätigkeit einen Prokuristen nicht bestellen; da aber der Prokurist die Persönlichkeit des Handlungsinhabers repräsentirt, und die Kaufmannseigenschaft untheilbar ist, so kann der für das eigentliche Geschäft bestellte Prokurist auch hinsichtlich der minderen Gewerbethätigkeit gültig statt des Prinzipals handeln, soferne natürlich diese nur einen Theil des Gesammtgeschäftes bildet.

[11]) Vgl. darüber Centralorgan Bd. I S. 73.

[12]) Nach der in Titel III vertretenen Anschauung sollte dieß übrigens nicht sein.

[13]) Vgl. Erk. des Oberhandelsgerichtes zu Stuttgart in Busch Archiv Bd. IX S. 450.

[14]) Z. B. A. Mayer betreibt eine Lederhandlung in Nürnberg und eine Tuchfabrik in Augsburg; jedes Geschäft ist für sich bestehend, aber beide haben dieselbe Firma.

Will sich der Prinzipal hiergegen schützen, so hat er die Zweigniederlassung (wie es ohnehin korrekt ist) eben mit einer den Charakter des Zweiggeschäftes ausdrückenden Modifikation eintragen zu lassen; dann kann er den Prokuristen, indem er ihn beauftragt, nur die Firma der Zweigniederlassung per procura zu zeichnen, verhindern, mit rechtlicher Wirkung auch für das Hauptgeschäft zu handeln[15].

6) Auch an Zeitbestimmungen kann die Prokura nicht geknüpft werden; man kann nicht einen Prokuristen nur für gewisse Zeiten aufstellen, z. B. so, daß derselbe lediglich, wenn der Chef auf Reisen ist, oder in Krankheitsfällen desselben u. s. w. als Prokuraträger auftreten darf. Aber von dem Grundsatze ausgehend, daß nur zu untersuchen ist, ob — nicht wie — eine Prokura ertheilt wurde [16]), ist es auch unzulässig, einer Prokura einen Anfangs- oder Endtermin beizufügen [17]); im ersteren Falle soll man eben die Prokura nicht früher eintragen, im letzteren sie rechtzeitig löschen lassen. Der Handelsrichter darf solche Nebenbestimmungen in das Register nicht einschreiben; geschieht solches aber doch, so sind sie eben als nicht geschrieben zu erachten.

Auch dieser Satz gilt natürlich nur im Verkehre nach Außen; zwischen Prinzipal und Prokurist ist die Vertragsfreiheit nicht eingeschränkt; der Prinzipal kann mit dem Prokuristen vereinbaren, daß demselben nur auf eine gewisse Zeit die Repräsentation als Prokurist übertragen sein solle, in welchem Falle nach Ablauf der bestimmten Zeit der Prokurist, wenn er seine Stellvertretung fortsetzt, dem Prinzipal gegenüber unbefugt handelt und diesem verantwortlich wird.

---

[15]) Es ist dieß natürlich mehr ein formaler Nutzen; denn wie in der oben citirten Abhandlung von Busch richtig bemerkt wird, kann der Prokurist niemals daran gehindert werden, unter der Firma der Zweigniederlassung alle möglichen, auch die umfangreichsten Geschäfte zu schließen, und schließlich haftet dann doch der Prinzipal mit seinem ganzen, auch mit dem in der Hauptniederlassung enthaltenen Vermögen.

[16]) Endemann S. 132.

[17]) Es kann sich dieß aber offenbar nur auf eingetragene Prokuren beziehen; wenn A dem B erklärt und mit ihm mündlich oder schriftlich übereinkommt, es solle ihm vom 1. Januar 1867 an Prokura ertheilt sein, so ist ein von demselben am 1. Oktober 1866 abgeschlossenes Geschäft eben noch ohne Prokura abgeschlossen.

Art. 44.

Der Prokurist hat in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma einen die Prokura andeutenden Zusatz und seinen Namen beifügt.

Bei einer Kollektivprokura hat jeder Prokurist der mit diesem Zusatze versehenen Firmazeichnung seinen Namen beizufügen.

Pr. E. I. E. Art. 44. II. E. 43. Prot. S. 80, 953.

1) Da die Prokura ihrem Begriffe nach diejenige Vollmacht ist, welche dem Bevollmächtigten gestattet, anstatt des Auftraggebers die Firma zu zeichnen, so wird der Prokurist, soferne er als solcher handelt, im schriftlichen Verkehre eben unter der Firma handeln. Kaufmännische Usance ist es, daß dabei nicht einfach die Firma gezeichnet, sondern daß dabei ein das Prokuraverhältniß andeutender Zusatz gemacht wird.

Bei der Umgestaltung des im Preußischen Entwurfe enthaltenen Systemes in Folge des Antrages des Hamburgischen Vertreters wurde nun der Satz aufgenommen [1]), daß dieser Beisatz zur rechtsgültigen Zeichnung der Firma Seitens eines Prokuristen nothwendig sei, wobei zugleich als Gegensatz in's Auge gefaßt wurde, daß ein anderer Handlungsbevollmächtigter sich jedes derartigen Zusatzes zu enthalten habe.

Bei der zweiten Lesung ging man aber von der Ansicht aus, es entspreche nicht den sonstigen Rechtssätzen, die Handlung eines Prokuristen unter allen Umständen für rechtsunverbindlich zu erklären, wenn nicht in der vorgeschriebenen Art gezeichnet worden; vielmehr solle nur eine Ordnungsvorschrift über die Art gegeben werden, wie der Prokurist gewöhnlich zeichnen solle. Darauf wurde die jetzige Fassung des Artikels gewählt.

Demungeachtet kann der im Gesetzbuche so bestimmt ausgesprochene Satz nicht als ein völlig werthloser angesehen werden [2]).

Der Prokurist kann auf eine dreifache Art zeichnen:

a) er zeichnet einfach die Firma; in diesem Falle ist allerdings der

---

[1]) Art. 49 des Dr. Halle'schen Antrages. S. Pr. S. 80.

[2]) Thöl S. 202 bezeichnet ihn als „bloße Aeußerung", als „Wunsch"; Endemann S. 137 als „rein disziplinarisch"; v. Hahn S. 126 findet neben der Anerkennung der kaufmännischen Sitte darin wenigstens einen Interpretationsbehelf.

Chef des Geschäftes verpflichtet[3]); allein da die Unterschrift nicht seine Unterschrift ist, und durch das Fehlen der Angabe eines das Prokuraverhältniß andeutenden Zusatzes das Handeln durch einen Bevollmächtigten gleichfalls nicht beurkundet wird, so wird unter Umständen die Unterschrift diffitirt werden können und dem Gegner der Beweis, wer dieselbe abgegeben, aufgelegt werden müssen[4]).

b) Der Prokurist kann ferner einfach seinen Namen zeichnen. Damit macht er an und für sich nur sich selbst haftbar; das Geschäft, welches er unter dieser Form eingeht, hat er auf seinen eigenen Namen eingegangen, er hat es also für sich eingegangen. Allerdings kann zufolge des Art. 55 Abs. 3 der Prinzipal das Geschäft demungeachtet als auf seine Rechnung geschlossen behandeln, allein dem Dritten steht als primärer Kontrahent immerhin nicht die Firma, sondern der Prokurist für seine eigene Person gegenüber. Hiergegen kommt nun der Art. 52 Abs. 2 in Betracht; es können nämlich Umstände obwalten, welche zur Annahme zwingen, daß das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Weil aber das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, es müsse der Prokurist, wenn er als solcher handeln wolle, die Firma mit seinem Namen verbinden, so wird bei schriftlichen Verträgen, wenn die Firma gänzlich umgangen wird, die Vermuthung dafür sprechen, daß das Geschäft nicht im Namen der Firma geschlossen werden wollte.

Der Prinzipal wird also zwar verhaftet werden, wenn sein Prokurist einen auf die Firma indossirten Wechsel lediglich unter seiner Namenszeichnung weiter girirt, oder wenn eine Schlußnote, wonach die Firma 200 Faß Raffinade zu liefern übernimmt, lediglich mit dem Namen des Prokuristen gezeichnet ist. Allein er wird nicht verurtheilt werden, einen auf den Pro-

---

[3]) Vgl. das Erk. des App.-Ger. v. Marienwerder im Centralorgan III S. 29 u. Archiv Bd. III S. 75.

[4]) Ein Beispiel gibt folgender Fall: In dem Banquierhause X. et Comp. war Z. Prokurist, und arbeitete neben dem Chef des Hauses. Z. unterzeichnete einen Depotschein mit der einfachen Firma, trug aber das Geschäft nicht in die Bücher, sondern flüchtete wegen mehrfacher Unterschlagungen bald darauf nach Amerika, wobei er das Depot mitnahm. Der Chef starb, das Haus löste sich auf, der Depotgeber, welcher längere Zeit abwesend gewesen, verstarb ebenfalls und dessen Erben traten nun klagend gegen die Erben des Banquiers auf. Diese diffitirten natürlich die Unterschrift als nicht von ihrem Erblasser herrührend; wer dieselbe abgegeben, war in Vergessenheit gerathen, es konnte also auch nicht mehr bewiesen werden, daß ein berechtigter Stellvertreter den Schein gezeichnet habe.

kuristen trassirten, von diesem mit einfacher Namenszeichnung acceptirten Wechsel zu zahlen [5]), oder einen Miethvertrag zu halten, den der Hauseigenthümer mit Herrn X., Prokuraträger „Z. u. Cpie." geschlossen hat, und der einfach mit X. gezeichnet ist [6]).

c) Der Prokurist kann endlich seinen Namen als Vertreter der von ihm per procura gezeichneten Firma zeichnen.

In diesem Falle tritt nach Art. 52 Abs. 1 die Haftung der Firma unbedingt ein und fällt nach Art. 52 Abs. 3 jede Berechtigung und Verpflichtung des Prokuristen selbst hinweg [7]). Es würde demnach sogar der Beweis, daß der Prokurist in eigenem Namen habe handeln wollen und daß dem Gegenkontrahenten dieses bekannt gewesen sei, ohne Bedeutung sein.

Selbst ein Nachweis, daß die übereinstimmende Absicht der Vertragschließenden auf Eingehung des Geschäftes nicht auf den Namen des Prinzipals gerichtet war, daß also das Geschäft ein simulirtes gewesen sei und die eigentliche Absicht dahin ging, daß dasselbe zwischen der Person des Prokuristen und dem Gegenkontrahenten gelten sollte, könnte dem Prinzipale nicht präjudiziren.

2) Die Form der Zeichnung, welche das Gesetz vorschreibt, kann sein:

p. p. Lutze und Söhne
Carl Mayer
oder
Lutze und Söhne
p. p. Carl Mayer [8]).

Das Eine wie das Andere entspricht dem Handelsgebrauche und ist auch durch das Gesetzbuch nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch dem Wortlaute nach die Firma vorangeht, dann der das Prokuraverhältniß andeutende Zusatz und dann der Name des Prokuristen genannt wird, so ist dieß doch nicht ein streng formelles Gebot. Es würde auch rechtswirksam sein, wenn gezeichnet würde:

Carl Mayer als Prokurist der Firma Lutze und Söhne.

---

5) Anders, wenn der Prokurist unter seinem Namen trassirt, den Wechsel aber gebucht hätte.

6) Betrifft die Miethe freilich etwa Lagerräume des Geschäftes, so kann auch hier kein Zweifel darüber entstehen, was unter den Parteien beabsichtigt war.

7) Selbstverständlich ist nur der Fall des Handelns innerhalb der Prokura in's Auge gefaßt.

8) Das Stadtgericht zu Berlin und das Kammergericht ließen in einem Falle (Gerichtszeitung v. 1862 S. 108) nur die erste Art als korrekt zu; Busch im Archiv Bd. I S. 55 hält dagegen die zweite Art für die richtige; — die Verkehrsübung wählt in der Regel die erstere.

Selbstverständlich muß diejenige Form gewählt werden, welche nach Art. 45 im Handelsregister angemeldet wurde; aber auch eine Nichtbeachtung dieser Vorschrift wird nicht die Rechtsunverbindlichkeit des Geschäftes für den Prinzipal, sondern eventuell nur eine Ordnungsstrafe gegen den Prokuristen zur Folge haben [9]).

3) Bei einer Kollektivprokura muß die Zeichnung gleichfalls zu erkennen geben, daß in Prokura gehandelt werde; daß es in Kollektivprokura geschehe, zeigt die mehrfache Unterschrift [10]), sodann folgen sämmtliche Namen der Prokuristen, z. B.

p. p. Lutze und Söhne
A. Mayer. B. Fischer.

oder

Lutze und Söhne
p. p. B. Fischer.
A. Mayer.

Daraus folgt, daß auch bei Anmeldung einer Kollektivprokura von jedem Prokuristen die Zeichnung der Firma mit Unterschrift geschehen muß; jedoch zeichnet hier jeder für sich und ohne Unterschrift des Anderen, so daß es z. B. heißt:

„Wir haben heute den Herrn Adam Mayer und Benno Fischer Kollektivprokura ertheilt. Herr Adam Mayer wird zeichnen:

p. p. Lutze und Söhne
A. Mayer;

Herr Benno Fischer wird zeichnen:

p. p. Lutze und Söhne
B. Fischer [11]).

---

[9]) Dieß folgt aus Art. 45 Abs. 4; denn derjenige, welcher nicht die im Register angemeldete Firma so, wie er seine Zeichnung mitangemeldet hat, zeichnet, steht demjenigen gleich, welcher als Prokurist zeichnet, aber nicht angemeldet ist; denn für diese konkrete Zeichnung ist eben der für eine andere Angemeldete nicht angemeldet.

[10]) Man hat in dem Gesetze zu finden geglaubt, es müsse der Firmazeichnung ein auf das Kollektivprokuraverhältniß deutender Zusatz beigefügt werden, z. B. „p. p. coll." oder „in Coll. Pr."; allein dieß ist kaufmännisch ganz ungebräuchlich. Es beziehen sich auch die Worte „dieser Zusatz" in Abs. 2 des Art. 44 nur auf „Prokurist", nicht auf das entferntер stehende „Kollektivprokura."

[11]) Eine andere Art der Anmeldung ist im Centralorgan Bd. III S. 89

Diese Art der Zeichnung verlangt das Gesetz, indem es ausdrücklich vorschreibt, daß jeder Prokurist bei dem Handelsregister die Firma zeichne (Art. 45 Abs. 2), und es erscheint eine Ausnahme hinsichtlich der Kollektivprokuren um so weniger angezeigt, als nirgends vorgeschrieben ist, daß die gemeinsamen Prokuraträger auch stets in derselben Reihenfolge zeichnen müssen. Wenn demnach die Firma von jedem derselben (und zwar naturgemäß von dem zuerst Unterzeichnenden) gezeichnet werden kann, so muß, um die Aechtheit prüfen und konstatiren zu können, jeder auch für sich die Firmazeichnung hinterlegen.

Uebrigens wäre nach dem Wortlaute des Gesetzes auch die Form der Zeichnung der Kollektivprokuren nicht ausgeschlossen [12]), bei welcher jeder der Prokuristen die Firma zeichnet, z. B.

p. p. Lutze und Söhne
A. Mayer
p. p. Lutze und Söhne
B. Fischer,

allein üblich ist eine solche nicht.

Art. 45.

Die Ertheilung der Prokura ist vom Prinzipal persönlich oder in beglaubigter Form beim Handelsgerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgerichte zu zeichnen (Art. 44) oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

Das Erlöschen der Prokura ist von dem Prinzipal in gleicher Weise zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Die Betheiligten sind zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

Pr. E. Art. 43, 44. I. E. Art. 45. II E. Art. 44. Pr. S. 87, 953.

1) Es ist schon mehrfach auf den genauen Zusammenhang der Prokura mit der Firma hingewiesen worden; beide Institute beruhen auf der Ab-

---

entwickelt; die Praxis des kaufmännischen Verkehres hat die im Texte gegebene mindest schwerfällige Form gewählt.

[12]) Im Gegentheile man könnte dieß in Art. 44 Abs. 2 sogar als geboten finden.

trennung der kaufmännischen Persönlichkeit von der physischen Person. Wenn nun die Firma allgemein in das Handelsregister eingetragen werden muß, so ist dieselbe Anordnung unumgänglich auch für die Prokuren nothwendig. Im Pr. E., welcher nur in gewissen Fällen die Firmen einzutragen verordnete, war auch hinsichtlich der Prokuren nur ausnahmsweise (im Falle besonderer Beschränkungen) die Eintragung angeordnet. Mit der allgemeinen Eintragspflicht der Firmen geht die Eintragspflicht der sämmtlichen Prokuren Hand in Hand [1]).

2) Die Entstehung der Prokura hängt von dem Eintrage nicht ab; die Pflicht dazu ist nur eine disziplinäre, mit Ordnungsstrafen zu erzwingende [2]).

3) Die Ertheilung der Prokura, also nicht die bevorstehende, sondern die wirklich geschehene Ertheilung, diese aber auch sofort, ist anzumelden [3]). Als zuständiges Handelsgericht ist nicht der Wohnort des Prinzipals, sondern das Gericht, in dessen Bezirk der Sitz der Firma liegt, zu betrachten [4]).

4) Ueber die Anmeldung der Prokura [5]) durch den Prokuristen gelten hinsichtlich der Form dieselben Vorschriften wie für den Kaufmann in Bezug auf Anmeldung der Firma.

Der Prokurist hat aber nicht nur den eigenen Namen, sondern auch die Firma, und zwar, wie die Verweisung auf Art. 44 bezeugt, in derjenigen Form zu zeichnen, deren er sich im Geschäftsverkehre zu bedienen beabsichtigt.

5) Beim Eintrag der Erlöschung hat der Prokurist nicht mitzuwirken; es bedarf zur Löschung einer Prokura nicht etwa einer Erklärung des Prokuristen. Der Fall, daß der Prokurist die Prokura aufkündigt, der Prinzipal aber die Löschung nicht bewirkt, ist nicht erwähnt [6]). Es wird in diesem Falle eine Klage auf Löschung zuzulassen sein.

---

1) Prot. S. 87 unten u. 88 oben.

2) Vgl. die Erläuterungen zu Titel II. Ueber die Eintragung der bis zum Erscheinen des a. d. HGB. bestandenen Prokuren siehe Art. 27 ff. des bayer. Einf.-Ges. u. den Kommentar hiezu S. 94 ff.

3) Ueber die Form gilt dasjenige, was in den Erläuterungen zu Art. 19 bemerkt wurde.

4) Vgl. Motive zum Pr. E. S. 29.

5) Ueber Anmeldung von Kollektivprokuren vgl. die Erläuterung zum vorigen Artikel.

6) Im Allgemeinen wird dieser Fall nicht leicht vorkommen; überdieß der Pro-

Art. 46.

Wenn das Erlöschen der Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, so kann der Prinzipal dasselbe einem Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er beweist, daß es letzterem beim Abschlusse des Geschäftes bekannt war.

Ist die Eintragung und Bekanntmachung geschehen, so muß ein Dritter das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen, sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, daß er das Erlöschen beim Abschlusse des Geschäftes weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.

Pr. E. Art. 49. I. E. Art. 50. II. E. Art. 45 Abs. 4. Prot. S. 88, 953.

Auch das Erlöschen der Prokura ist nicht an die Löschung derselben im Handelsregister geknüpft. Sobald der Prinzipal die Prokura zurückgenommen, sobald der Prokurist dieselbe zurückgegeben hat, hat die Stellvertretungsbefugniß aufgehört und jede im Namen des Prinzipals vorgenommene Handlung ist eine ohne Prokura vorgenommene, eine unbefugte; der Prinzipal wird durch dieselbe nicht berechtigt[1]). Ob er verpflichtet wird, hängt davon ab, wie sich der Dritte hinsichtlich der Thatsache der Erlöschung verhielt.

Wußte der Dritte hiervon, so tritt Art. 55 Abs. 2 ein, das Geschäft ist unverbindlich; wußte er hiervon nicht, so kann er sich allerdings nach Art. 55 Abs. 1 an den ohne Prokura Handelnden halten[2]), er kann aber auch den Prinzipal in Anspruch nehmen, dieser ist ihm verhaftet. In die-

---

kurist, ungeachtet der Eintrag stehen bleibt, keinerlei Gefahr laufen, falls er sich der Handlungen im Namen des Prinzipals enthält. Nur um die Vermuthung, welche aus dem Eintrage folgt, zu zerstören oder aus persönlichen Gründen, z. B. wenn der Prokurist selbst ein Handelsgewerbe betreiben will oder in ein anderes Geschäft tritt, ließe sich ein Interesse denken.

[1]) Der Prinzipal wußte die Thatsache der Erlöschung, daher kann ihm der Nichtprokurist nicht mehr erwerben; genehmigt er nachträglich das Geschäft, so kann ihm der Gegenkontrahent allerdings (vgl. die Erläuterung zu Art. 55) die Erlöschung nicht entgegensetzen.

[2]) Denn dieser Artikel 55 macht keine Ausnahme für den im Texte gegebenen Fall.

ser Hinsicht ist es gleichgültig, ob die Erlöschung im Handelsregister eingetragen ist oder nicht; war die Thatsache im Handelsregister eingetragen, dem Gegenkontrahenten aber unbekannt, so gilt das Geschäft gegenüber dem Prinzipal; war die Erlöschung im Register nicht eingetragen, dem Gegenkontrahenten aber bekannt, so hat das Geschäft rechtlich keine Wirkung.

Dagegen hat die Eintragung und öffentliche Bekanntmachung einen entscheidenden Einfluß auf Feststellung der Thatsache, ob die Erlöschung dem Dritten bekannt gewesen sei oder nicht; der Eintrag bewirkt eine Vermuthung für die Kenntniß; der Nichteintrag für das Nichtkennen [3]).

2) Hinsichtlich der Handlungsbevollmächtigung gelten, obwohl das Gesetz dieß nirgends ausdrücklich erwähnt, der Natur der Sache nach dieselben Grundsätze. Auch die Handlungsvollmacht erlischt durch die Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages zwischen Prinzipal und Stellvertreter, und sobald diese Thatsache eingetreten ist, handelt der bisherige Stellvertreter ohne Vollmacht. Aber auch hier bleibt der Prinzipal dem Dritten verhaftet, welcher die Auflösung nicht kannte. Denn da die Stellvertretung ein Verhältniß nicht bloß zwischen Prinzipal und Stellvertreter, sondern gegenüber allen Dritten begründet, so kann auch jeder Dritte verlangen, daß die Auflösung ihm kund werde, wenn die Wirkung des Vertrages ihm gegenüber endigen solle, und da die Fortdauer eines Zustandes vermuthet wird, so hat der Dritte das Recht, die einmal ertheilte Vollmacht als vorhanden anzusehen, bis ihm das Gegentheil bekannt wird [4]).

Ist nun von Seite des Prinzipals nichts geschehen, um die Thatsache der Aufhebung des Verhältnisses kund zu machen, so spricht die Vermuthung für das Nichtwissen des Dritten [5]). Hat dagegen der Prinzipal Schritte gethan, die Aufhebung der Bevollmächtigung öffentlich bekannt zu machen [6]),

---

[3]) Die nähere Entwickelung hierüber ist in der Erläuterung des zweiten Titels gegeben.

[4]) v. Hahn geht S. 143 §. 3 von dem entgegengesetzten Standpunkte aus.

[5]) Der bloße Zeitablauf genügt nicht; wenn z. B. ein Handlungsbevollmächtigter, der eine schriftliche Vollmacht besitzt, auch Jahre lang mit dem Dritten keine Geschäfte mehr gemacht hat, er kommt aber dann wieder und hat die Vollmachtsurkunde noch in Händen, so kann man unfehlbar mit kontrahiren. Vgl. übrigens Goldschmidt Zeitschrift Bd. XI S. 171.

[6]) Z. B. durch Cirkulare, öffentliche Annonçen, Mortifikation der Vollmachtsurkunde, Börsenanschlag u. s. w. Bei Bevollmächtigten, die in den Räumen des Geschäftes selbst angestellt sind, wird die Zurücknahme der Vollmacht durch die Entlassung selbst dokumentirt.

so spricht die Vermuthung dafür, daß der Dritte die Zurücknahme kannte, und es muß auch hier dem Prinzipale zur Entlastung dienen, wenn die Umstände ergeben, daß der Dritte die Erlöschung kennen mußte.

Art. 47.

Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften, in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter), so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Jedoch ist der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozeßführung nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniß besonders ertheilt ist.

Im Uebrigen bedarf er zu den Geschäften, auf welche sich seine Vollmacht erstreckt, der in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Spezialvollmacht nicht.

Pr. E. Art. 50. I. E. Art. 47. II. E. Art. 46. Prot. S. 88, 955, 965 ff., 4514 ff., 4631.

1) Ein Prinzipal.

Wer unter dem Ausdrucke „Eigenthümer einer Handlungsniederlassung", „Prinzipal" zu verstehen sei, ist oben bei Art. 41 näher erörtert worden. Nach dem allgemeinen Rechtssatze, daß die durch einen Stellvertreter vorgenommenen Handlungen den eigenen gleichstehen, findet der Artikel auch Anwendung, wenn die Aufstellung eines Handlungsbevollmächtigten durch einen hierzu berechtigten Stellvertreter des Prinzipals geschieht; also insbesondere, wenn ein Prokurist oder ein Generalhandlungsbevollmächtigter die Bestellung vorgenommen hat[1]). Desgleichen gilt die Vorschrift des Arti-

---

[1]) Goldschmidt Gutachten S. 38 wollte deshalb die Fassung geändert wis-

kels, wenn der Prinzipal zur Ertheilung der Handlungsvollmacht eine dritte, wenn auch nicht im Handelsgewerbe thätige Person speziell ermächtigt haben sollte.

2) Zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes.

Der Generalhandlungsbevollmächtigte unterscheidet sich von dem Prokuristen nicht darin, daß der Umfang seiner Ermächtigung ein wesentlich anderer ist (denn auch ihm kann die Stellvertretung des Prinzipals im gesammten kaufmännischen Verkehre zustehen) [2]), sondern in der Art seiner Vollmacht, welche nicht, wie bei dem Prokuristen, eine Vertretung der Firma als solcher, durch Prokura, unter vollständiger Repräsentation der kaufmännischen Persönlichkeit des Prinzipals enthält. Der Generalhandlungsbevollmächtigte unterscheidet sich materiell nicht von jedem anderen mit allgemeiner Vollmacht versehenen Stellvertreter; seine Vollmacht hat zwar einige Eigenthümlichkeiten hinsichtlich des vermutheten Umfanges und der Erlöschung, allein sie ist nicht, wie die Prokura, etwas dem Handelsverkehre Eigenthümliches. Da sie also nicht eine Repräsentation der kaufmännischen Persönlichkeit als solcher ist, so besteht kein Hinderniß, sie nach Willkür in ihrem Umfange zu beschränken. Der Prinzipal kann Jemandem den Betrieb seines Geschäftes übertragen, ohne ihn jedoch zu ermächtigen, Wechsel auszustellen, zu acceptiren oder zu giriren, Darlehen aufzunehmen, Prozesse zu führen (letztere Beschränkung wird sogar vermuthet), oder auch so, daß er ihm die Befugniß entzieht, Dispositionsstellungen anzunehmen, Nachlässe zu bewilligen, Arrangements einzugehen, überseeische Konsignationen zu machen u. s. w.; der Bevollmächtigte ist alsdann immerhin noch Generalhandlungsbevollmächtigter.

3) Zu einer bestimmmten Art von Geschäften.

Innerhalb eines jeden Geschäftes theilt sich die Arbeit in gewisse, für sich ein Ganzes bildende Massen; am einfachsten z. B. in das Einkaufen und in das Verkaufen. Daneben spaltet sich das Geschäft nach Materien und nach den Orten des Handels, z. B. Stadtgeschäft und auswärtige Kundschaft, und endlich nach der Art des Betriebes.

---

sen; allein dieser Vorschlag wurde nicht angenommen. Als Grund gibt v. Hahn S. 128 Note an, daß man mit der jetzigen Ausdrucksweise das Abhängigkeitsverhältniß des Handlungsbevollmächtigten in das Auge fassen wollte.

[2]) Wenn dem Generalhandlungsbevollmächtigten auch die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung übertragen ist, so wird er dadurch doch nicht zum Prokuristen.

Im Gegensatze zu der alle diese Theile und Zweige umfassenden Generalhandlungsvollmacht läßt das Gesetzbuch zu, daß der Prinzipal auch für diese einzelnen Theile des Geschäftes Stellvertreter bevollmächtigen kann, welche in ihrem Kreise gleichsam Generalbevollmächtigte sind.

4) Zu einzelnen Geschäften.

Es ist bereits oben näher ausgeführt worden, daß die Vollmacht zu einer einzelnen kaufmännischen Geschäftshandlung nicht in diesem Titel, sondern in Art. 298 u. 297 behandelt wird. Da auch in diesem letzteren Artikel von Vollmachten gesprochen wird, „welche von einem Kaufmanne im Handelsgewerbe ausgegangen sind", so genügt es nicht, daß der Vollmachtgeber Kaufmann ist und die Vollmachtsertheilung in seinem Handelsgewerbe und zu einem Handelsgeschäfte vorgenommen hat, um den zu einem einzelnen Geschäfte Bevollmächtigten zum Handlungsbevollmächtigten zu machen.

Man hat nun den Unterschied dieser beiden Stellvertretungen in der Stellung des Bevollmächtigten zu seinem Machtgeber gesucht [3]), und will als Handlungsbevollmächtigten nur denjenigen gelten lassen, welcher sich zu seinem Vollmachtgeber wie ein Untergeordneter zu seinem Vorgesetzten verhält.

Dieß ist jedoch nur ganz im Allgemeinen richtig; vor Allem darf man hierbei nicht an die Nothwendigkeit eines Dienstverhältnisses denken, so daß man Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächte vermischt und als Handlungsbevollmächtigten nur denjenigen ansieht, der zugleich im Geschäfte des Vollmachtgebers angestellt ist [4]).

Dieß ergibt sich schon aus einer Vergleichung der Art. 56 u. 59 des a. d. HGB. [5]). Ein Handlungsgehülfe darf nach Art. 59 ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen; wäre nun jeder Handlungsbevollmächtigte auch Handlungsgehülfe, so wäre die Bestimmung des Art. 56 unrichtig,

---

[3]) Vgl. Erk. des Berliner Obertribunales v. 11. April 1865 bei Busch Archiv Bd. VII S. 171.

[4]) Z. B. v. Kräwel S. 65 Anmerk. Abs. 4. Man stützt sich hierbei auf den Ausdruck „Prinzipal"; allein dieses Wort ist, wie sich aus Art. 41 ergibt, nur in der Bedeutung des „Eigenthümers der Handelsniederlassung, Inhabers der Firma" zu verstehen; auch der Prokurist hat einen Prinzipal, und hier ist wohl kein Zweifel, daß der Prokurist zwar Handlungsgehülfe sein kann, aber nicht sein muß.

[5]) Vgl. Sammlung handelsger. Entscheid. Bd. II S. 156.

da in diesem Artikel der Abschluß von Geschäften auf eigene Rechnung nur dem Prokuristen und Bevollmächtigten für ein ganzes Gewerbe, nicht aber dem gewöhnlichen Handlungsbevollmächtigten, verboten ist.

Es ergibt sich dieß aber auch aus dem Inhalte des Art. 55 der ersten Lesung. Dieser lautete:

Die Bestimmungen dieses (des VI.) Titels über Handlungsbevollmächtigte finden nur auf solche Personen Anwendung, welche zu dem Auftraggeber in einem Dienstverhältnisse stehen.

Für andere Handlungsbevollmächtigte (Handelsagenten) sind in Ermangelung von Handelsgebräuchen die allgemein bürgerlichen Gesetze mit der Einschränkung maßgebend, daß durch den Tod des Auftraggebers die Vollmacht nicht erlischt.

Nun wurde dieser Artikel aber in zweiter Lesung beseitigt, und zwar eben deshalb, weil es sich zeigte, daß die Einschränkung des Titels auf die in einem Dienstverhältnisse stehenden Handlungsbevollmächtigten nicht zutreffe, vielmehr manche Bestimmungen desselben auch auf solche Personen paßten, welche nicht in einem Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Prinzipal stehen [6]).

Man darf aber deshalb auch nicht ein sonstiges förmliches, durch die Stellung im Gewerbe bedingtes Abhängigkeitsverhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Handlungsbevollmächtigten zum Begriffe des letzteren verlangen [7]), so daß ein solcher nur dann vorhanden wäre, „wenn nicht bloß das lose Band des Vollmachtskontraktes die Personen und Interessen verbindet" [8]). Denn abgesehen von der hier zu Grunde liegenden ziemlich dunklen Idee, welche unklar läßt, was man sich unter einem solchen Bande eigentlich zu denken habe, wenn ein Dienstverhältniß nicht obwaltet, ist auch nirgends eine derartige Beschränkung im Gesetze ausgesprochen. Man sucht sich zwar auf die Worte des Art. 47 zu stützen „in seinem Handelsgewerbe"; allein daß diese Worte kein Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Handlungsbevollmächtigten und dem Bevollmächtigten zu einem Handelsgeschäfte abgeben können, zeigt der Art. 297, welcher

---

[6]) Prot. S. 963.

[7]) Endemann S. 138 geht im Grunde noch weiter, wenn er sagt: es wird vorausgesetzt, daß die Beauftragung innerhalb des Geschäftes, also an solche, welche demselben durch ihre ganze Stellung als Gehülfen angehören, geschieht.

[8]) Siehe das in Note 3 citirte Erk.

sich ja desselben Ausdruckes bedient, indem er sagt: „eine Vollmacht, welche von einem Kaufmanne in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist“ [9]).

Man benützt ferner zur Begründung obiger Ansicht die Stelle der Protokolle [10]), welche sich auf die Beschränkung des Art. 49, auf eigentliche Handlungsreisende, bezieht. Hier ist allerdings wiederholt davon gesprochen worden, daß als Handlungsbevollmächtigte nur diejenigen Personen anzusehen seien, welche zu dem Handelsgewerbe eines Prinzipals gehören und somit als Glied eines organischen Ganzen zu betrachten, welche also in dem Handelsgewerbe bestellt, angestellt seien [11]). Allein es dürften diese Ausdrücke wohl als eine noch nicht völlig überwundene Reminiscenz an das System des Preußischen Entwurfes anzusehen sein und es würde auch wohl schwer fallen, einen Unterschied zwischen einem in dem Handelsgewerbe Angestellten und einem Handlungsgehülfen zu finden.

Betrachtet man aber die Vorschriften des fünften Titels und jene der Art. 297 u. 298 neben einander, so findet sich, daß die Wirkungen und Rechtseigenthümlichkeiten der Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten und des Bevollmächtigten zu einem Handelsgeschäfte völlig gleich sind. Beide erlöschen nicht durch den Tod des Vollmachtgebers, beide berechtigen und verpflichten unmittelbar den Vollmachtgeber, und zwar beide unter Umständen, ohne daß derselbe ausdrücklich genannt würde; bei beiden haftet, wenn sie überschritten werden, der Stellvertreter persönlich.

Es bleibt also von den Artikeln des fünften Titels lediglich der Art. 47 übrig, welcher nur für Handlungsbevollmächtigte gilt [12]). Daß nun Abs. 2 dieses Artikels auf den Bevollmächtigten zu einem einzelnen Handelsgeschäfte nicht paßt, ist klar; aber auch Abs. 3 ist für diesen gegenstandslos, denn wenn zu dem Geschäfte, zu welchem er beauftragt wird, eine Spezialvollmacht erforderlich ist, hat er sie ja eben darin, daß er dazu beauftragt wird.

---

[9]) Ob es heißt „in seinem“ oder „in dem“, dann „bestellt“ oder „ausgegangen“, kann unmöglich ein ganzes Rechtsinstitut charakterisiren.

[10]) S. 4515.

[11]) In dieser Weise spricht sich auch das Erk. der Nürnberger Sammlung handelsger. Entscheid. Bd. I S. 141 aus.

[12]) Das heißt mit anderen Worten: die ganze Kontroverse, über den Begriff des „Handlungsbevollmächtigten“ dreht sich um die Frage: findet die Präsumtion des Art. 47 Abs. 1 am Ende für jede im Handelsverkehre gewollte, allgemein angeordnete Stellvertretung statt, oder nur dann, wenn der Stellvertreter zu dem Prinzipal in einem besonderen persönlichen Verhältnisse steht?

Sonach muß die Unterscheidung in dem Schlußsatze des Abs. 1 gefunden werden, und da die hier aufgestellte Präsumtion bei der Vollmacht zu einzelnen bestimmten Handelsgeschäften von selbst ausgeschlossen erscheint, so ergibt sich als Resultat:

Handlungsbevollmächtigter ist derjenige, welcher von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung zu dessen Stellvertretung in dem Gewerbe nach Außen innerhalb eines, wenn auch kleinen Kreises, innerhalb eines, wenn auch beschränkten Gebietes handelsgewerblicher Thätigkeit bestellt ist, während die Bevollmächtigung nach Art. 297 u. 298 sich nur auf die Ausführung eines bestimmten Handelsgeschäftes oder einzelner bestimmter Handelsgeschäfte bezieht [13]).

Daraus ergibt sich daher der wichtige Satz: zum Begriffe des Handlungsbevollmächtigten ist es nicht erforderlich, daß er nur einem bestimmten Prinzipal seine Thätigkeit widme, daß er zu dem Handlungspersonale (im weiteren Sinne) gehöre, daß er in einem äußeren Abhängigkeitsverhältnisse zum Prinzipal stehe [14]).

Es können daher auch Agenten, Provisionsreisende und beliebige dritte Personen Handlungsbevollmächtigte sein, sobald ihnen vom Prinzipal, von dem Inhaber einer Firma, von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung ein gewisser Geschäftskreis, eine gewisse nicht auf einzelne Geschäfte bestimmte Stellvertretung übertragen ist.

Auch bei solchen Personen erstreckt sich kraft der vom Gesetze aufgestellten Präsumtion die ertheilte Vollmacht, ohne daß es einer speziellen Aufzählung in derselben bedürfte, auf alles Dasjenige, was die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt [15]). Dieser Satz ist ein

---

[13]) Ebenso faßt Thöl §. 33 a I den Gegensatz.

[14]) Vgl. die Erk. in der Nürnberger Sammlung Bd. I S. 141 u. Bd. II S. 156.

[15]) Die Scheu vor einer derartigen Ausdehnung des Begriffes des Handlungsbevollmächtigten rührt lediglich von der Besorgniß her, es würde die in Art. 49 erwähnte Inkassobefugniß zu weit ausgedehnt werden. Allein da dieser Artikel ausdrücklich nur von Handlungsreisenden spricht, so bezieht sich derselbe eben nur auf die Handlungsreisenden in dem Sinne, in welchem diese Bezeichnung gewöhnlich gebraucht wird. Mit anderen Worten, wenn auch Agenten, Provisionsreisende u. s. w. Handlungsbevollmächtigte sind, so sind sie doch deshalb noch nicht Handlungsreisende, im eigentlichen Sinne, commis voyageurs, und fallen deshalb nicht unter Art. 49. Die Vermuthung des Art. 47 aber ist keineswegs eine gefährliche, sondern eine nothwendige, im Wesen des Handels wohl begründete und würde sich, wie im Texte bemerkt ist, sogar aus Art. 279 und 278 ergeben.

ganz naturgemäßer, er würde sich außerdem auch aus Art. 278 und 279 ergeben, und es ließe sich kein rationeller Grund absehen, weshalb seine Anwendbarkeit von dem sonstigen persönlichen Verhältnisse des Vollmachtgebers zu dem Bevollmächtigten abhängen sollte. Nur insoweit die in Folge einer Handlungsvollmacht, also einer Ermächtigung zur Ausübung einer gewissen, im Einzelnen noch unbestimmten kaufmännischen Thätigkeit, sich immer auf das Gewerbe des Vollmachtgebers als auf dasjenige Objekt bezieht, in dessen Interesse der Bevollmächtigte handelt, und insoweit also der Handlungsbevollmächtigte für den Prinzipal nicht blos „handelt", sondern in gewissem Umfange „arbeitet" und nicht auf selbständigen Gewinn spekulirt, sondern für seine Arbeit vom Prinzipal in irgend einer Weise Vergütung erhält, kann man, wie oben ausgeführt, sagen, daß der Handlungsbevollmächtigte als der Untergeordnete, der Vollmachtgeber als der Vorgesetzte erscheint [16]).

5) Bestellt.

Die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten kann in jeder Weise, mündlich oder schriftlich, stillschweigend oder ausdrücklich geschehen [17]); das Gesetz hat hierüber keinerlei Vorschriften ertheilt [18]). Da jedoch der Gegenkontrahent sich bei dem Handlungsbevollmächtigten nicht blos (wie bei der Prokura) über das Bestehen, sondern auch über den Umfang der Vollmacht vergewissern muß, so pflegt die schriftliche Vollmacht in allen denjenigen Fällen angewendet zu werden, in welchen die äußere Thätigkeit nicht an sich die Vollmacht anzeigt und in ihrem Umfange charakterisirt [19]).

Die schriftliche Ertheilung der Vollmacht wird entweder dadurch be-

---

[16]) Der Satz des Art. 47 Abs. 1 a. E. ist eine einfache Interpretationsregel für den vermuthlichen Willen des einen unbestimmten Auftrag Gebenden; das Erforderniß einer „besonderen Pflichttreue", „eines besonderen Vertrauens" ist wohl nicht erst hereinzuziehen, um den Satz anzuwenden: wenn A. den B. beauftragt, auf der Messe oder auf dem Markte zu X. seine (A.'s) Waaren zu verkaufen, so ist B. bevollmächtigt, alles das zu thun, was das gewöhnliche Markt- oder Meßgeschäft regelmäßig mit sich bringt.

[17]) Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 589.

[18]) Insbesondere kann auch da, wo für gewisse Verträge schriftliche Errichtung vorgeschrieben ist, wie z. B. nach preuß. LR., diese Bestimmung für die Art der Bestellung von Handlungsbevollmächtigten nicht maßgebend sein; vgl. Erk. des Berliner Stadtg. in Busch Archiv Bd. IX S. 125.

[19]) Beim Kassier, beim Ladenpersonale u. s. w. ergibt sich Vollmacht und Umfang daraus, daß Jemand Kassier, Ladendiener u. s. w. ist.

wirkt, daß dem Handlungbevollmächtigten eine schriftliche Urkunde zur Legitimation mitgegeben wird, oder daß man denselben den Geschäftsfreunden brieflich avisirt oder dessen Befugnisse öffentlich bekannt macht [20]).

Eine Veröffentlichung durch das Handelsregister findet dagegen nicht statt. Bei der Berathung des Gesetzbuches wurde allerdings die Frage angeregt [21]), ob nicht auch die Eintragung aller Vollmachten in ein hiefür bestimmtes Repertorium bei den Handelsgerichten verlangt oder doch freigelassen werden solle. Man war aber der Ansicht, daß zu keinem von beiden Anlaß bestehe, weil der dritte Kontrahent von solchen Bevollmächtigten immer die Vorzeigung der Vollmacht verlangen könne, und für Ausnahmsfälle durch Anschlag an der Börse u. s. w. geholfen zu werden vermöge.

Da aber der Beschluß ausdrücklich auch dahin ging, daß für freiwillige Einträge keine Register eröffnet werden sollten, so erscheint es als unzulässig, einen Handlungsbevollmächtigten einzutragen [22]). Es kann deshalb insbesondere die Anstellung von Beamten von Aktiengesellschaften u. dgl. nicht durch das Handelsregister veröffentlicht werden [23]).

6) Erstreckt sich.

Wie zu 7) bemerkt ist, so enthält der Art. 47 einen Interpretationsbehelf für den Willen des Vollmachtgebers, zugleich aber auch eine Vermuthung für den Fall der Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten [24]).

Diese Vermuthung bleibt so lange in Kraft, bis der Prinzipal durch eine Erläuterung seines auf Bestellung eines Stellvertreters gerichteten Willens an die Stelle des gesetzlich vermutheten Inhaltes den von ihm gewollten Inhalt gesetzt hat. Da jedoch die Stellvertretung nicht nur zwischen dem Prinzipal und dem Vollmachtsträger, sondern wesentlich im allgemeinen Verkehre, in der Richtung auf Dritte ihre Wirkung äußert, so genügt die bloße Feststellung des Willens zwischen Prinzipal und Stellvertreter nicht, um die gesetzliche Vermuthung zu entkräften, sondern es muß dieser Wille nicht

---

[20]) Ueber die Folgen hiervon bezüglich der Zurücknahme siehe Art. 52.

[21]) Prot. S. 88.

[22]) Vgl. das Erk. des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg in der Sammlung handelsg. Entsch. Bd. I S. 268.

[23]) Eine andere Ansicht des österreichischen obersten Gerichtshofes bei Busch Archiv Bd. VI S. 1 ff.

[24]) Dem Wortlaute nach würde man eine gesetzliche Fiktion für den Umfang der Handlungsvollmacht folgern können. Allein dieß war nicht die Absicht

nur allgemein, sondern speziell dem Dritten gegenüber, dem man die Aenderung entgegensetzen will, festgestellt worden sein [25]).

7) Mit sich bringt.

Der Art. 47 enthält im Grunde eine Auslegungsregel, und stellt eine Vermuthung für den Umfang des Willens des Firmainhabers bei Bestellung eines Stellvertreters auf. Die Regel geht dahin:

Die Vollmacht im Handelsverkehre, wenn sie nicht zu einzelnen speziell bestimmten Geschäften ertheilt ist, sondern wenn nur im Allgemeinen ein Stellvertreter im weiteren oder engeren Kreise des Gewerbes ernannt worden ist, erstreckt sich auf alles Dasjenige, was nach der herkömmlichen Ansicht der Gewerbebetrieb in dem übertragenen Umfange gewöhnlich mit sich bringt.

Wenn der Prinzipal Jemandem die „Kassaführung" überträgt, so nimmt das Gesetz an, falls der Prinzipal ihm nicht speziell seine Befugnisse vorzeichnet, habe er eben gewollt, daß jener zu Allem Vollmacht haben solle, was der Kassier eines Handelsetablissements gewöhnlich zu thun habe [26]). Wer einen Handlungsreisenden absendet, der überträgt ihm hiermit stillschweigend die Befugniß zu den Geschäften, welche herkömmlich die Handlungsreisenden für ihre Häuser besorgen.

Was nun im einzelnen Falle der Betrieb des Gewerbes oder die Ausführung der Geschäfte mit sich bringe, ist Thatfrage und nach den Ansichten des Handelsstandes zu entscheiden. Das Gesetz hat nur für zwei Kategorieen, für die Reisenden in Art. 49 und für die Ladendiener in Art. 50, einzelne Befugnisse ausdrücklich hervorgehoben. Eben deshalb sind die vor dem Erscheinen des a. d. HGB. ergangenen Entscheidungen und Pareres immerhin noch für die Praxis von Werth, da sie über die gewöhnliche

---

des Gesetzes. Dasselbe wollte nicht, dem Systeme der Prokuren entsprechend, die Unbeschränkbarkeit der Handlungsvollmachten in ihrem gesetzlichen Umfange festhalten; doch wird immerhin dabei in das Auge gefaßt werden müssen, daß die Aufstellungen des Gesetzes gegenüber dem Privatübereinkommen eine überwiegende Bedeutung haben und daß das Publikum sich auf dieselben verlassen darf.

[25]) S. oben Note 6.

[26]) Der Kassier gilt z. B. für bevollmächtigt, die Zahlungsmittel zu tariren; wenn der Kassier etwa Napoleons zu 9 fl. 10 kr. ausgibt, so kann der Prinzipal nicht nachträglich, weil ihm der Kurs zu niedrig ist, per Stück 10 kr. nachfordern; ferner muß der Kassier als zur Quittungsleistung ermächtigt gelten. Vgl. das Erk. in Busch Archiv Bd. VII S. 437.

Anschauung hinsichtlich der Frage, was den einzelnen Bevollmächtigten zu thun obliege, Aufschluß ertheilen [27]).

Das Gesetz hat in dieser Beziehung zwei Merkmale aufgestellt, indem es die Worte „derartig" und „gewöhnlich" verbindet; es wird also beispielshalber vorerst zu fragen sein: was sind gewöhnlich die Geschäfte eines Buchhalters, Kassiers, Komptoiristen, Korrespondenten, Ladendieners, Reisenden u. s. w. und dann: was sind die Geschäfte solcher Personen in einem derartigen Etablissement, wie dasjenige ist, in welchem sie arbeiten?

Es muß übrigens im Allgemeinen als Auslegungsregel angenommen werden, daß die bewegliche Natur des Handelsverkehres einen möglichst umfangreichen Kreis von Befugnissen als beabsichtigt erscheinen läßt; wie denn auch der Prinzipal regelmäßig alle Handlungen seines Bevollmächtigten als innerhalb der Vollmacht liegend ansieht, welche ihm Gewinn bringen, und eine Ueberschreitung dem Dritten in der Regel erst dann entgegensetzt, wenn durch Zwischenereignisse das eingegangene Geschäft nicht mehr für ihn vortheilhaft erscheint [28]).

Ueber Reisende und Ladengehülfen wird bei Art. 49 und 50, über die wichtigen Fälle, wie weit die Vollmacht der Fabrikbeamten, namentlich einer Aktiengesellschaft (technischer Direktor, Gerant u. s. w.) sich kraft der Bestellung erstreckt, bei dieser Lehre gesprochen werden.

8) Jedoch.

Die Handlungsvollmacht erhält ihren genaueren Inhalt durch den zu vermuthenden Willen des Vollmachtgebers. In Folge dessen kann sie als stillschweigend auf diejenigen Handlungen erstreckt nicht angesehen werden, von

---

[27]) Vgl. Thöl §. 31a Not. 9, Brinkmann §. 120 Note 7, dann die Erk. der Oberg. zu Lübeck (Seuffert's Archiv Bd. VI n. 57 S. 79), wonach Mäklergehülfen Vollmacht haben, Wechsel zur Begebung zu übernehmen, des OAG. zu Dresden (Seuffert's Archiv Bd. VI n. 244 S. 347), wonach gewöhnliche Marktheifer zum Erheben von Geld auf den Namen des Prinzipals nicht befugt sind.

[28]) Im Allgemeinen sind über die Feststellung des Umfanges einer Handlungsvollmacht noch zu vergleichen die Erk. des bayer. Handelsappellationsgerichtes in der Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. I S. 140 und Bd. II S. 45. Im ersten Falle ist angenommen, daß die Vollmacht zur „Geschäftsbesorgung" unter Umständen auch zur Wiederauflösung eines Geschäftes berechtige, während natürlich die Vollmacht zur Eingehung eines gewissen Geschäftes dieß nicht bewirke; im zweiten wurde der auf eine Messe geschickte Verkäufer für befugt erklärt, sich neben dem stipulirten Kaufpreise noch gewisse Waaren für die verkauften Sachen versprechen zu lassen.

denen die Vermuthung besteht, daß der Vollmachtgeber, wenn er sie nicht speziell genannt hat, seine Ermächtigung zur Stellvertretung in denselben nicht ertheilen wollte.

Das Gesetz zählt als solche lediglich drei auf und nimmt an, daß, wenn auch ein Prinzipal Jemandem den Auftrag gibt, das Handelsgewerbe an seiner Stelle zu betreiben, er damit doch nur die Ermächtigung zu dem gewöhnlichen Geschäftsbetriebe, nicht aber zu den präjudiziellen Handlungen, welche der Art. 47 Abs. 2 aufzählt, ertheilt habe.

Desgleichen spricht das Gesetz aus, daß der Auftrag zu einzelnen Geschäften zwar die Ermächtigung enthält, diese in jeder Weise, wie sie gewöhnlich vollzogen werden, zur Ausführung zu bringen, nicht aber sich dabei derjenigen Mittel zu bedienen, welche der Abs. 2 des Artikels aufführt.

Diese allgemeine Regel kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß bei derartigem Geschäftsbetriebe die fraglichen Handlungen gewöhnlich vorkommen [29]), und ebenso wird eine stillschweigende Ermächtigung niemals anzunehmen sein.

9) Eingehen von Wechselverbindlichkeiten.

Hieher gehört vor Allem die Ertheilung des Acceptes und die Ausstellung eigener Wechsel, und zwar, was das Accept betrifft, einerlei, ob etwa Deckung bereits vorliegt oder nicht [30]). Aber auch die Begebung von Wechseln, fällt unter den Artikel, weil durch das Indossament eine neue selbständige Wechselverbindlichkeit des Indossanten entsteht.

Da ferner nach Art. 8 der a. d. WO. auch der Aussteller einer Tratte

---

[29]) Gesetzt den Fall, man könnte annehmen, daß die auf dem Lande einkaufenden Bevollmächtigten der Produktenhändler gewöhnlich Vollmacht haben, wenn sie zu einem vortheilhaften Einkaufe momentan größerer Baarmittel bedürfen, solche bei gewissen in den verschiedenen Städten hierzu instruirten Geschäftsfreunden ihres Hauses zu erheben, so würde doch ein solcher Bevollmächtigter, wenn ihm dieß nicht speziell gestattet worden ist, durch eine solche Geldentnahme, obwohl sie allgemein üblich, seinen Prinzipal nicht verpflichten.

[30]) Wenn A. dem Generalbevollmächtigten B. der Firma C. und Komp. 1000 fl. zur Einziehung in loco aufträgt, und, nachdem der richtige Eingang avisirt ist, an B. eine Tratte auf 1000 fl. zum Accepte einschickt, so ist dieses Accept an sich gewiß eine ganz gefahrlose Handlung. Allein das Gesetz hat nicht die Gefahr als das entscheidende Kriterium aufgestellt, sondern allgemein diese bestimmte Art des Formalvertrages genannt.

für Annahme und Zahlung wechselmäßig haftet, so kann der Handlungsbevollmächtigte im Allgemeinen auch nicht trassiren.

Wo jedoch die wechselmäßige Verpflichtung formell oder materiell nicht eintritt, findet das Gesetz keine Anwendung. Ein Prokuraindossament, ein Indossament nach erhobenem Proteste ist nicht durch den Artikel getroffen, da beide nach Art. 16 a. E. und Art. 17 der WO. wechselrechtliche Folgen nicht haben.

In gleicher Weise wird auch das Trassiren an eigene Ordre gestattet sein müssen, da hiedurch materiell die Firma zunächst nur berechtigt wird [31]), und, wenn ein solcher Wechsel nicht girirt wird, diese Ausstellung eine wechselrechtliche Verbindlichkeit für den Aussteller nicht erzeugt.

Anderseits wird unter die ausgeschlossenen Handlungen die Acceptation von kaufmännischen Anweisungen zu rechnen sein, da hiedurch nach einzelnen Landesgesetzen dieselben Verbindlichkeiten wie durch Wechselaccepte erzeugt werden [32]). Nicht minder aber auch die Ausstellung und Indossirung solcher Anweisungen; denn wenn auch diese Handlungen an sich und falls acceptirt und gezahlt, oder aber gar nicht acceptirt wird, unter das Verbot nicht fallen würden, so ist doch, falls der Angewiesene zwar die Anweisung annimmt, aber seinerzeit nicht zahlt, die Regreßverbindlichkeit des Anweisenden und Indossanten eine wechselmäßige [33]).

10) Aufnahme von Darlehen.

Der Zweck des Darlehens ist hier nicht entscheidend; auch zur Verwendung in das Geschäft soll ein solches ohne Spezialvollmacht nicht aufgenommen werden. Doch ist der Ausdruck dem strengen Wortsinne nach zu nehmen, nicht als bloßes „schuldig werden", sondern als Entleihen von Geld gegen das Versprechen, solches der Summe nach wieder zurückzugeben [34]). Kauf auf Kredit ist demnach nicht unter der Vorschrift des Artikels begriffen [35]).

Die Hingabe von Darlehen ist unter den vorbehaltenen Handlungen

---

[31]) Es ist dieß für Reisende eine sehr bequeme Art, Ausstände einzuziehen.

[32]) Bayer. Ges. v. 29. Juni 1851 Art. 4.

[33]) S. das a. bayer. Gesetz Art. 1.

[34]) Interzessionen und Bürgschaften sind nicht genannt, werden aber in der Regel nicht zum gewöhnlichen Handlungsbetriebe gehören.

[35]) Hat der Auftrag nur auf „Baarkäufe" gelautet, oder ist bei der übertragenen Geschäftsthätigkeit das Kreditnehmen nicht üblich, so erstreckt sich allerdings die Vollmacht nicht hierauf.

nicht aufgezählt; wenn demnach der Betrieb eines Gewerbes der Art, wie solches dem Generalbevollmächtigten übertragen wurde, oder die Ausführung der dem Handlungsbevollmächtigten aufgegebenen sonstigen Geschäfte die Gewährung von Darlehen mit sich bringt, so bedarf es hierzu Seitens des Eigenthümers der Handelsniederlassung keiner besonderen Ermächtigung [36]).

11) Zur Prozeßführung.

Das a. d. HGB. wollte selbstverständlich in das Prozeßrecht als solches nicht eingreifen. Die Bestimmung des Artikels 47 ist daher nicht so auszulegen, daß der Prinzipal einen Bevollmächtigten zur Abfassung von Prozeßschriften, Auftreten bei Gericht u. dgl. auch in den Fällen aufstellen könne, in welchen eine prozessuale Vorschrift nur die Thätigkeit von rechtskundigen Hülfsbeamten, Anwälten, Advokaten, Prokuratoren u. s. w. gestattet.

Die Bestimmung des Artikels enthält nur den Satz, daß der Handlungsbevollmächtigte an und für sich und ohne spezielle Erlaubniß, nicht auch die Abwicklung von Differenzen vor Gericht im Prozeßwege vorkehren dürfe. Ist aber die Erlaubniß, die Ermächtigung hierzu ertheilt, so darf eben der Handlungsbevollmächtigte alles Dasjenige thun, was der Prinzipal selbst thun darf, mehr aber nicht, weil Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt [37]).

In der Ermächtigung zur Prozeßführung ist die Vollmacht zu Vergleichen, Nachlässen, Stundungen, Kompromissen u. dgl. inbegriffen, auch die Befugniß, sich über Annahme, Ablehnung oder Zurückschiebung eines Eides zu erklären; dagegen kann der Prinzipal, wo solches nicht etwa nach dem Prozeßrechte überhaupt thunlich ist, die Eidesleistung selbst durch Handlungsbevollmächtigte nicht vornehmen lassen [38]).

12) Besonders ertheilt ist.

Das Gesetz verlangt für die voraufgeführten drei Handlungen eine spezielle, ausdrückliche Ermächtigung; hieraus ergibt sich, daß weder aus der Natur des übertragenen Geschäftes noch aus den Umständen die Er-

---

36) Ueber das Kreditiren von Handlungsbevollmächtigten, welche mit Austragen der Waaren an die Kunden betraut sind, handelt ein Erk. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 608.

37) Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 598 und Centralorgan Bd. III S. 88; dann Busch Archiv Bd. VII S. 177 und Bd. IX S. 121.

38) S. oben Seite 324.

theilung einer, die mehrerwähnten Befugnisse in sich schließenden Vollmacht angenommen werden darf [39]).

Beispiel: A. betreibt das Geschäft, den Landleuten die ihnen von den Zwischenhändlern an Zahlungsstatt gegebenen Wechsel abzukaufen und auf der Bank seines Wohnortes dikontiren zu lassen; zu schneller Abreise genöthigt, überträgt er seinem Freunde B. die einstweilige Führung seines Geschäftes durch eine Urkunde: „ich ernenne den Herrn B. zum Disponenten meines Wechsel- und Bankgeschäftes.“ Obwohl nun hier das Geschäft seiner Natur nach gar nicht betrieben werden kann, wenn B. die Wechsel nicht an die Bank giriren darf, so wird doch dem strengen Wortlaute des Artikels gemäß eine Indossamentsunterschrift des B. Namens der Firma A. die letztere nicht binden. Es folgt diese strenge Auffassung nothwendig aus dem Wesen des Spezialmandates.

13) Im Uebrigen.

Der letzte Absatz des Artikels enthält nur den nothwendigen Folgesatz aus dem Schlusse des ersten Absatzes. Wenn in diesem ausgesprochen wird, daß die Vollmacht zu einem gewissen Geschäftsgebiete kraft des Gesetzes die Vollmacht zu allen einzelnen in dieses Geschäftsgebiet nach den gewöhnlichen Verkehrsbegriffen fallenden Handlungen in sich schließt, so ist eben die Vollmacht zu jeder dieser Handlungen stillschweigend mit der allgemeinen Ermächtigung ertheilt und es ist also nicht sowohl eine Spezialvollmacht nicht nöthig, sondern sie ist vorhanden.

---

[39]) Das in Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 609 abgedruckte Erk. des OAG. zu Dresden, daß ein Inkassomandat stillschweigend den Auftrag zur gerichtlichen Beitreibung in sich schließe, stimmt daher mit dem jetzigen Gesetze nicht mehr überein.

Art. 48.

Der Handlungsbevollmächtigte hat sich bei der Zeichnung jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten; er hat mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zu zeichnen.

Pr. E. I. E. Art. 46. II. E. Art. 47. Prot. S. 953 ff., 4518.

1) Der Bevollmächtigte handelt als Bevollmächtigter im Namen der Firma; er hat deshalb Urkunden auf den Namen der Firma zu stellen, wenn solche über Rechtsgeschäfte, die er als Bevollmächtigter geschlossen hat, aufgenommen, Briefe u. dgl. geschrieben werden. Er kann hierbei allerdings lediglich die Firma zeichnen, und insoferne die Handlung, welche er vornimmt, im Umfange seiner Vollmacht liegt, muß der Prinzipal die Unterschrift als mit seinem Willen geschehen anerkennen. Da aber die Firmenzeichnung des Prinzipals den Geschäftsfreunden bekannt ist und eine nicht von seiner Hand herrührende Unterschrift nicht respektirt zu werden braucht, so ist es Usance, daß der Handlungsbevollmächtigte der Firma seinen Namen beisetzt. Es kann dieß in verschiedener Weise geschehen, entweder durch einfache Beisetzung des Namens unter die Firma [1]), oder unter Hinzufügung der Worte für, per, in Vollmacht, in Vertretung u. s. w. Nur die letztere Form läßt das Handelsgesetzbuch zu [2]); der Bevollmächtigte soll weder die Firma allein, noch seinen Namen allein, noch die Firma und den Namen für sich, sondern die Firma und den Namen mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatze zeichnen.

Insbesondere ist verboten, einen die Prokura andeutenden Zusatz zu machen; doch erhielt der Vorschlag, für diesen Fall Ordnungsstrafen anzudrohen, nicht die Billigung der Kommission [3]).

2) Das Gesetz bedient sich des Ausdruckes „einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatz" und sagt nicht „einem ein Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatz." Die natürliche Interpretation würde also dahin führen, es solle durch den zu machenden Zusatz dasjenige Vollmachtsver-

---

1) Z. B. Gebrüder Mayer. Anton Schulze.

2) Jedoch ohne daß eine andere Zeichnung rechtsunverbindlich wäre vgl. die Erk. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 590.

3) Vgl. Prot. S. 955.

hältniß bezeichnet werden, in welchem der Unterschreibende zum Prinzipale steht; eine Vorschrift, welche besonders hinsichtlich der Gesellschaftsbeamten von ziemlicher Wichtigkeit sein würde.

3) Welches sind die Folgen der Zuwiderhandlung gegen den Art. 48?

Wie schon oben erwähnt, hängt die Rechtsverbindlichkeit einer Handlung des Handlungsbevollmächtigten von der Art der Unterzeichnung nicht ab; wenn derselbe lediglich die Firma ohne einen sein Vollmachtsverhältniß andeutenden Zusatz zeichnet, so ist, wenn gemäß der Vollmacht gehandelt wurde, der Prinzipal verhaftet [4]).

Der Entwurf erster Lesung enthält nun den Satz: der Bevollmächtigte, der nicht Prokurist ist, darf bei eigener Verantwortung nur mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Beisatze zeichnen; ein Antrag, für den Fall des Gebrauches einer ordnungswidrigen Zeichnung Ordnungsstrafen anzudrohen, wurde, wie erwähnt, verworfen. Bei der dritten Lesung war mehrfach auf den Auftrag zurückgekommen worden, Bestrafung anzudrohen [5]), allein die Kommission ging nicht darauf ein.

Disziplinarisch kann daher gegen denjenigen, welcher fälschlich als Prokurist zeichnet [6]), oder gegen denjenigen, welcher zwar als Bevollmächtigter handelt, aber den eigenen Namen allein oder die Firma allein zeichnet, nicht vorgegangen werden; doch bleibt selbstverständlich dem Prinzipal die Befugniß, wenn der zuwiderhandelnde Bevollmächtigte zugleich Handlungsgehülfe ist, unter Umständen denselben seines Dienstes zu entlassen.

Dagegen kann der Gesetzesbestimmung keineswegs jede civilrechtliche Wirkung abgesprochen werden; sie wird insbesondere im Zusammenhalte mit Art. 52 Abs. 2 von Bedeutung. Wenn der Bevollmächtigte die Urkunde lediglich auf seinen Namen gestellt hat [7]), so kann sich offenbar der Gegenkontrahent nicht an den Prinzipal halten; denn in diesem Falle steht dem

---

[4]) Vgl. die oben Note 2 citirten Erkenntnisse.

[5]) Zusammenstellung der Monita Nr. 58, 73, 74.

[6]) Unter Umständen kann darin ein strafrechtlich zu bestrafender Betrug liegen.

[7]) Z. B. Anton Schulze, Prokurist des Banquierhauses Burscheid und Komp., verpflichtet sich zur Uebernahme von 100 Stück Oesterreichischen Bankaktien durch einen mit „Anton Schulze" gezeichneten Schlußzettel; wenn hier auch bei den Unterhandlungen vorausgesetzt sein sollte, es gehe das Geschäft für Burscheid und Komp. vor sich, so wird gegen diese nicht geklagt werden können. Am deutlichsten ist dieß bei Wechselgeschäften erkennbar.

in Art. 52 Abs. 2 aus den Umständen zu entnehmenden Willen der Partheien der Wille des Gesetzes entgegen [8]).

Art. 49.

Die Bestimmungen der beiden vorhergehenden Artikel finden auch Anwendung auf Handlungsbevollmächtigte, welche ihr Prinzipal als Handlungsreisende zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet. Dieselben gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen.

Pr. E. Art. 50 Abs. 2. I. E. Art. 47 Abs.2. II. E. Art. 46 Abs. 4. Prot. S. 103 ff., S. 954, 4515 ff.

1) Die gegenwärtige Art des Verkehres, die Leichtigkeit des Waarenbezuges von auswärts und die große Konkurrenz veranlassen, daß der Detaillist viel seltener seinen Waarenbedarf beim Grossisten oder Fabrikanten direkt bestellt, als daß ihm diese den Bedarf anbieten, und zwar durch persönliche Vermittelung anbieten lassen. Der Geschäftsverkehr durch Reisende des Hauses (Handlungsreisende, commis-voyageurs) spielt in größeren Etablissements eine bedeutende Rolle, und es konnte deshalb nicht fehlen, daß über die Stellung dieser Hülfspersonen, über deren Vollmacht und über die rechtlichen Wirkungen ihrer Handlungen für die Firma vielfache Kontroversen entstanden.

Die Praxis hatte nach und nach sich dahin fixirt, daß Handlungsreisende durch die von ihnen vorgenommenen Verkäufe ihre Auftraggeber hinsichtlich der Qualität und Quantität der zu liefernden Waare, hinsichtlich der Höhe des Preises und hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten verpflichten sollten [1]), daß ferner nur bei Schlichtung von Differenzen auch der

[8]) Unter besonderen Umständen wird allerdings dennoch eine Handlung Namens des Prinzipals anzunehmen sein, z. B. wenn sich der Bevollmächtigte des Stempels des Hauses bedient, wenn ein Brief die Firma in der Ueberschrift enthält u. dgl.

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 130 Bd. I Nr. 339; Goldschmidt Zeitschrift Bd. II S. 404; auch Brinkmann S. 453 und Thöl §. 31[a].

Abschluß von Vergleichen, Erlasse, Fristenbewilligungen u. dgl. in den Kreis ihrer Befugnisse fallen [2]), daß dagegen im Allgemeinen ihnen ein Erlaß oder die Bewilligung von Fristen bei Forderungen aus bereits abgeschlossenen Geschäften nicht zustehe [3]).

Ob Zahlung an Handlungsreisende den Schuldner befreie, war bestritten.

Der Pr. E. stellte nun hinsichtlich der Kassirer und Handlungsreisenden lediglich den Satz auf, daß sie zu den Faktoren mit beschränkter Prokura gehören und daß daher die ihnen ertheilte Vollmacht sich auf alle Rechtshandlungen erstrecke, welche die Ausführung des ihnen übertragenen besonderen Geschäftes gewöhnlich mit sich bringe. Bei den Berathungen wurde angeregt, bei der praktischen Bedeutung des Institutes konkrete Entscheidungen über einige streitige Punkte zu geben [4]), jedoch vergeblich. Erst in Folge der Erinnerungen zum II. Entwurfe [5]) wurden in dritter Lesung die nunmehr den Art. 49 bildenden Sätze angenommen.

2) Die Bestimmungen der beiden vorhergehenden Artikel finden auch Anwendung.

Der erste Satz, welchen der Artikel 49 ausspricht, ist: Handlungsreisende haben eben dadurch, daß sie von ihrem Prinzipal auf Reisen geschickt werden, ohne weitere ausdrückliche Bevollmächtigung die Befugniß, alles Dasjenige mit voller Rechtswirksamkeit für und gegen den Prinzipal vorzunehmen, was dem Handlungsreisenden nach der gewöhnlichen kaufmännischen Uebung zu thun obliegt. Es ist nun allerdings weder möglich noch zweckmäßig, die einzelnen Handlungen, welche in der Vollmacht des Handlungsreisenden begriffen sind, aufzuzählen [6]); nur einige hervorragende

---

[2]) Vgl. die Erk. des OAG. zu Dresden (in Seufferts Archiv Bd. I n. 339 S. 360) worin solche Zahlungserleichterungen dann für in den Kreis der Befugnisse eines Handlungsreisenden fallend erklärt werden, „wenn auf diese Weise Ausstellungen über die Güte der Waare vorgebeugt oder die Abmachung neuer Geschäfte erleichert wird"; nicht für ältere Geschäfte nach einem Erk. des OAG. zu Kassel bei Kletke Nr. 12 S. 10.

[3]) Ein Erk. des Oberapp.-Ger. zu Kiel (in Seuffert's Archiv Bd. V n. 130 S. 151) spricht aus, daß Reisende Dispositionsstellungen anzunehmen nicht berechtigt seien; ein Erk. des Obertribunals zu Berlin (Kletke zweite Fortsetzung Nr. 1137 S. 10), daß sie nicht auf Kredit verkaufen können; vgl. auch die zwei Erkenntnisse in Kletke erste Fortsetzung Nr. 785 und 786 S. 5 und 6 über die Befugniß zur Annahme von Zahlungen.

[4]) Prot. S. 955.

[5]) Monitum 68 und 70, dann 71.

[6]) Wie Endemann S. 139 Note 8 mit Recht andeutet.

Fälle sind im Gesetze speziell erwähnt, worüber unten gesprochen werden wird.

3) Handlungsbevollmächtigte, welche ihr Prinzipal als Handlungsreisende verwendet.

Nach der allgemeinen Fassung des früheren Art. 46 Abs. 4 konnte man der Meinung sein, als solle jeder Reisende, ohne Unterschied, gleichviel ob er in Diensten des Prinzipals und in einem dauernden Verhältnisse zu seinem Handlungsgewerbe stehe oder nicht, schon wegen seiner Eigenschaft als Reisender zur Vornahme eines gewissen Umkreises von Rechtshandlungen für berechtigt erklärt werden. Dieß war aber nicht die Absicht des Gesetzgebers [7]; vielmehr ging man bei Festsetzung der fraglichen Bestimmung davon aus, daß unter den im Artikel erwähnten Handlungsreisenden nur solche Handlungsreisende verstanden werden sollen, welche als Handlungsbevollmächtigte in dem Handelsgewerbe des Prinzipals angestellt sind (reisende Kommis) [8]. Es bezieht sich also der Artikel insbesondere nicht auf sog. Provisionsreisende und Agenten [9]).

Unter „Provisionsreisenden" ist aber nicht ein jeder Reisende zu begreifen, welcher gegen Tantièmen arbeitet, sondern solche Personen, welche ohne feste Stellung in einem bestimmten Handelsgewerbe für einen oder mehrere Kaufleute Geschäfte vermitteln und hierfür gewisse Prozente beziehen. Die feste Stellung im Handelsgewerbe ist überhaupt als das Charakteristische für Anwendung des Art. 49 zu betrachten, es darf die Einklammerung der Worte „reisende Kommis" nicht dahin gedeutet werden, als ob nur solche Reisende, welche zugleich Handlungsgehülfen sind, welche ein fixes Salair haben, unter die Bestimmung des Artikels fallen sollten. Derjenige, welcher Geschäfte mit dem Reisenden macht, den ihm der Prinzipal als „seinen Reisenden" avisirt hat oder der sich selbst als „Reisender des Hauses N. N." legitimirt, braucht nicht zu untersuchen, in welchem persönlichen Verhältnisse derselbe zu dem Etablissement stehe; er kann mit dem Reisenden Alles abmachen, was nach kaufmännischer Usance dem Reisenden zusteht.

4) An auswärtigen Orten.

Sogenannte „Stadtreisende" fallen demnach nicht unter den Artikel.

---

[7]) Vgl. Prot. S. 4515 und 4116.

[8]) Es ist zweifelhaft, ob bei diesen Bemerkungen nicht die verlassene Theorie des Preuß. Entwurfes allzusehr nachgewirkt hat.

[9]) Ueber diese s. oben S. 302 ff.

Man versteht aber unter diesem Ausdrucke häufig nicht blos solche Handlungsbevollmächtigte, welche am Orte der Handelsniederlassung selbst Waaren zu offeriren und Zahlungen einzuziehen haben, sondern auch jene, welche hierzu auch in den benachbarten Städten beauftragt sind. Ein solcher Reisender ist dann ebenso wie jeder andere derartige Handlungsbevollmächtigte anzusehen und nach den Bestimmungen des vorstehenden Artikels zu behandeln [10]).

5) Wenn ein Handlungsreisender entweder durch eine besondere Vollmacht, in welcher dessen einzelne Befugnisse speziell aufgezählt sind, sich bei dem Geschäftsfreunde auszuweisen hat [11]), oder wenn der Prinzipal durch Briefe oder Cirkulare die Geschäftsfreunde von dem Umfange der seinem Reisenden ertheilten Vollmacht in Kenntniß gesetzt, so hat es hierbei sein Bewenden [12]). Ist aber eine solche bestimmte Begrenzung der Vollmacht dem Dritten gegenüber nicht kundgegeben, so erstreckt sich zufolge des für anwendbar erklärten Art. 47 die Vollmacht des Reisenden auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche dem Reisenden eines Hauses und Geschäftes, wie dasjenige ist, für welches der Betreffende reist, gewöhnlich obliegen.

Es wird demnach im einzelnen Falle vor Allem zu prüfen sein, was nach kaufmännischen Begriffen zur Geschäftsaufgabe eines Reisenden gehört. Diese besteht aber zuvörderst im Verkaufe, in der Annahme von Bestellungen. In dieser Richtung hat daher der Reisende an sich unbeschränkte Vollmacht. Das Haus, welches ihn ausschickt, ist an die abgeschlossenen Verkäufe gebunden, es muß die bei demselben aufgegebenen Bestellungen effektuiren [13]).

---

[10]) Vergl. das Erk. des Stadtgerichtes zu Berlin in Busch Archiv Bd. I S. 400.

[11]) Die bloße Aushändigung einer solchen Urkunde an den Reisenden genügt natürlich nicht; dagegen kann der Kunde durch Avisbrief aufgefordert sein, sich die Vollmacht vorzeigen zu lassen.

[12]) Die bloße Aufzählung einzelner Befugnisse, ohne die übrigen auszuschließen, genügt jedoch nicht, um die Art. 47—49 für unanwendbar zu erklären. Wenn z. B. die Weinhandlung A. dem Geschäftsfreunde B. schreibt: „nächstens wird sich unser C. erlauben, Sie zu besuchen und Ihnen meine feinsten Weine vom letzten Jahrgange offeriren, die ich jedoch nicht unter 1 fl. per Litre ablassen kann", so ist damit nicht gesagt, daß der Reisende andere Geschäfte nicht abschließen, insbesondere Zahlungen nicht in Empfang nehmen dürfe.

[13]) Auch dann, wenn der Besteller inzwischen zahlungsunfähig geworden ist? oder wenn dem Prinzipal bekannt wurde, daß derselbe schlecht stehe? Ersteren Falls wohl nicht und letzteren Falls wird dem Absender der Anspruch auf

Was den Preis anbelangt, so ist der Prinzipal an die Abmachungen seines Reisenden gebunden; hat derselbe die ihm gesetzten Limita überschritten, so ist dieß eine Sache zwischen dem Vollmachtgeber und dem Reisenden; der Dritte wird durch eine solche dem Reisenden ertheilte Instruktion nicht gebunden, wenn sie ihm nicht etwa bekannt gegeben wurde [14]).

Da der kaufmännische Verkehr im Umsatze der Waare gegen Geld besteht, so wird ein Verkaufsreisender regelmäßig nicht auch als zu Tauschgeschäften ermächtigt angesehen werden können [15]); doch wird ein mäßiger Barattohandel nicht durchaus ausgeschlossen erachtet werden können [16]).

Die sonstigen Modalitäten des Geschäftes hat das Haus gleichfalls anzuerkennen, wenn sie nicht außergewöhnliche und dem regelmäßigen Geschäftsverkehr fremd sind [17]). Demgemäß wird eine angemessene Kreditzeit [18]), ein mäßiger Skonto, Rücknahme der Verpackung zu entsprechendem Ansatze u. dgl. von dem Reisenden bewilligt werden können; der Reisende wird ferner den Prinzipal zur Uebernahme der Frachtkosten, zur Versicherung der Waaren u. dgl. verpflichten können.

Sicherheitsleistung nicht abgesprochen werden können; es ist aber jedenfalls nicht anders, als wenn das Geschäft zwischen den Partheien ohne Vermittelung eines Reisenden geschlossen worden wäre. Inwiefern dem Prinzipal gestattet werden kann, der Bestellung nur insoweit nachzukommen, als er hierzu nicht durch früher eingegangene Bestellungen außer Stand gesetzt ist, hängt von den faktischen Umständen ab; nach dem Inhalte der Verhandlungen zwischen Besteller und Reisenden kann entweder ein fester Auftrag übernommen oder ohne Obligo gehandelt sein; eine Vermuthung spricht weder für das Eine noch für das Andere.

[14]) Ob dieß schon angenommen werden kann, wenn der Reisende nach Preiskouranten verkauft, ist zweifelhaft. In der Regel wird auch dann anzunehmen sein, daß dem Reisenden ein nicht allzu bedeutendes Abgehen von dem Kourant durch sein Haus erlaubt sei.

[15]) Vgl. das Erk. des k. HAG. zu Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 46.

[16]) Z. B. der Reisende einer Hopfenhandlung verkauft an den Brauer X. eine erhebliche Zentnerzahl Hopfen mit der Bedingung, daß $^1/_{10}$ des Preises durch Lieferung von Hopfenstangen, das Hundert zu einem bestimmten Preise ausgeglichen werden dürfe.

[17]) Ist aber dieses der Fall, dann steht dem Prinzipal natürlich nicht frei, die Modalität abzulehnen, sondern er muß das Geschäft ablehnen. Vgl. Art. 55 und das Erk. in Busch Archiv Bd. IV S. 132.

[18]) Insbesondere auch eine die gewöhnlich bei den betreffenden Waaren vorkommende Kreditzeit überschreitende, dagegen nicht eine ganz abnorme, vgl. unten.

Zu denjenigen Handlungen dagegen, welche nicht in den Kreis des Verkäufers fallen, hat der Reisende keine Befugniß; er kann deshalb keine Ankäufe im Namen und für Rechnung seines Hauses machen [19]), er darf ferner die abgeschlossenen Verkäufe nicht wieder auflösen, er ist ferner nicht ermächtigt, Dispositionsstellungen gut zu heißen u. dgl.

Diese Sätze bedürfen jedoch näherer Erläuterung.

Die Wiederauflösung geschlossener Geschäfte ist vor Allem nicht zu verwechseln mit bloßen Modifikationen; Abänderungen in unbedeutenden Punkten wird das Haus des Reisenden allerdings anzuerkennen haben [20]). Dann aber ist ohnehin obiger Satz nur maßgebend für Geschäfte, welche der Reisende dem Prinzipale schon eingesendet hat. So lange dagegen dieß noch nicht der Fall [21]), muß dem Reisenden vollkommen freie Hand zugestanden werden; denn er muß dann noch als Herr des Geschäftes angesehen und ihm gestattet werden, seinen eigenen bisher allein geäußerten Willen näher oder auch anders zu bestimmen [22]).

Was die Dispositionsstellung betrifft, so ist dem Reisenden nur die endgültige Entscheidung darüber versagt [23]); dagegen kann es nicht als unzuläßig erscheinen, wenn dem Reisenden die Mängel und Fehler der Waare angezeigt werden, wenn ihm die Dispositionsstellung nur notifizirt wird. Diese Anzeige muß der Prinzipal, als ihm selbst geschehen, allerdings

---

[19]) Ein Anderes ist es, wenn er zur Besorgung von Ankäufen ausgeschickt ist, was jedoch bei eigentlichen ständigen Handlungsreisenden selten vorkommt.

[20]) Allerdings darf hierin nicht zu weit gegangen werden; die Abkürzung einer Lieferfrist um wenige Tage kann unter Umständen dem Hause die Lieferung unmöglich machen. Hier muß vor Allem das billige Ermessen die richtige Grenze finden.

[21]) Z. B. der Reisende hat die Aufträge erst am Ende der Reise zu notifiziren und kommen auf der Rückreise wieder zu dem Kunden, welcher auf der Hinreise bestellte.

[22]) Vgl. das Erk. in Busch Archiv Bd. II S. 167 Daß für den Prinzipal unter Umständen ein Regreß gegen den Reisenden begründet sein kann, ist damit nicht verneint.

[23]) Ein Anderes wäre es, wenn der Reisende etwa die Waare selbst bei sich hätte und der Käufer würde sie als z. B. nicht dem beim Abschlusse vorgezeigten Muster entsprechend zurückweisen: denn hier würde der Reisende nicht blos zur Bestellungsannahme, sondern zur Abwickelung des ganzen Geschäftes bevollmächtigt angesehen werden müssen.

anerkennen [24]); es wird die Frist des Art. 347 als gewahrt angesehen werden müssen [25]).

Außer Demjenigen, was zum Geschäftskreise eines Reisenden gehört, wird aber auch im gegebenen Falle zu prüfen sein, was zum Geschäfte des Hauses gehört, welches der Reisende vertritt. Nur zu den in das Geschäft seines Hauses fallenden Verkäufen ist der Reisende befugt; es würde derjenige, welcher bei dem Reisenden eines Weingeschäftes Goldwaaren bestellt, den Prinzipal vergeblich auf Effektuirung dieser Bestellung belangen.

Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob auch der Umfang des Geschäftes, von welchem der Reisende ausgeschickt ist, maßgebend erachtet werden müsse; es muß jedoch auch dieser Umstand nach billigem Ermessen Berücksichtigung finden. Der Reisende eines kleinen Manufakturgeschäftes wird nicht als ermächtigt angesehen werden können, eine Bestellung von ungewöhnlichen Dimensionen anzunehmen u. dgl. Doch wird hier immer zu beachten sein, ob der Dritte Kenntniß von dem Umfange des Geschäftes des Prinzipals hatte und nach der Natur der Sache haben konnte.

6) Insbesondere.

Zwei Befugnisse der Handlungsreisenden glaubte das Handelsgesetzbuch besonders hervorheben zu müssen, weil über diese bisher in Wissenschaft und Praxis die meisten Zweifel geherrscht hatten; es ist dieß die Einziehung des Kaufpreises und die Bewilligung von Zahlungsfristen.

Das Gesetz erklärt die Reisenden für berechtigt hierzu und es ist dabei kein Unterschied gemacht, ob die betreffenden Handlungen sogleich beim Geschäftsabschlusse oder erst nachträglich geschehen. Es ist aber immerhin ein

---

[24]) Im großen Verkehr kommt dieß wohl nicht leicht vor; allein der Kleinverkehr läßt solche Fälle häufig erscheinen. Allerdings wird nicht nur im Allgemeinen der Beweis solcher mündlicher Dispositionsstellungen schwer zu erbringen sein, sondern auch selten die Rechtzeitigkeit gewahrt bleiben; denn unmöglich kann dem Käufer das Recht eingeräumt werden, die Dispositionsstellung bis zur Rückkunft des Reisenden zu verschieben, obwohl die Ansicht, man könne dieß thun, bei den Landkrämern sehr verbreitet ist. Hat der Prinzipal die Waare zurückgenommen, so wird allerdings hinsichtlich der Art und Zeit der Zurücksendung dem Reisenden eine gewisse Verfügungsbefugniß zustehen. Vgl. Busch Archiv Bd. IV S. 453.

[25]) Vgl. die handelsapp. Erk. in der Sammlung Bd. I S. 495 und Busch Archiv Bd. V S. 310.

ordnungsgemäßes Verhalten des Reisenden hiebei vorausgesetzt, ein kaufmännisches Verfahren, indem auch hier der allgemeine Satz maßgebend bleibt, daß nur der gewöhnliche Geschäftsbetrieb als übertragen gilt.

Wenn also ein Reisender auf eine übermäßige Zeit hinaus borgen [26]) oder dem Schuldner eine unkaufmännische Fristenzahlung [27]) gestatten würde, so könnte sich der Schuldner dem Prinzipale gegenüber auf den Art. 49 nicht berufen. Dieß wird besonders für die Einziehung des Kaufpreises wichtig. Die regelmäßige Tilgung ist hier Baarzahlung und in dieser Hinsicht muß dem Reisenden freie Befugniß, den Prinzipal zu vertreten, eingeräumt werden [28]). Aber auch andere kaufmännische Tilgungsarten werden nicht ausgeschlossen sein; hat der Reisende Wechsel [29]) angenommen oder sich auf einen Anderen anweisen lassen, so hat der Prinzipal dieß anzuerkennen.

Dagegen können ganz unkaufmännische Arten der Ausgleichung, z. B. Annahme von Gegenständen an Zahlungsstatt [30]), Annahme eines anderen Schuldners [31]) u. dgl. nicht als in der gewöhnlichen Vollmacht des Reisenden gelegen erachtet werden.

---

[26]) Die Entscheidung in Busch Archiv Bd. IV S. 384 dürfte daher kaum zu billigen sein.

[27]) Z. B. täglich einen Groschen.

[28]) Wenn der Reisende österreichisches Papiergeld zum Normalwerthe annimmt, so muß der Prinzipal dies dem Dritten gegenüber gelten lassen. In einem Falle hatte der Reisende außer Kurs gesetzte Banknoten als gültige Zahlung angenommen; es werden dem Prinzipale auch hier keine anderen Rechte zustehen, als wenn ihm selbst die Zahlung auf diese Weise gemacht worden wäre.

[29]) Eigene Wechsel fallen unter den Begriff der „Zahlungsfristen-Gewährung"; Devisen werden ohnehin nur unter dem stillschweigenden Vorbehalte des Einganges angenommen. Vgl. Samml. handelsger. Entsch. Bd. I S. 44 und S. 267, Bd. II S. 7 und 69.

[30]) Natürlich wird der Prinzipal unter Umständen froh sein, irgend eine Deckung zu erhalten; allein dieß ändert an dem Rechtssatze nichts.

[31]) Der Satz „cui recte solvitur, is etiam novare potest" hat im kaufmännischen Verkehre keine Geltung; was jedoch den häufig vorkommenden Fall der Umwandlung einer Waarenschuld in eine Hypothekschuld betrifft, so liegt hierin im Grunde nur die Gewährung einer Kündigungs- d. h. Zahlungsfrist mit Bestellung einer Sicherheit.

Die Einziehung des Kaufpreises besteht nicht blos in der einfachen Empfangnahme desselben, sondern es liegt in dem Begriffe die Gesammtthätigkeit, welche nöthig ist, die Zahlung des Preises zu erwirken. Der Reisende ist daher zu allem dem befugt, was kaufmännsch in dieser Hinsicht Gebrauch ist; dahin gehört aber insbesondere die Schlichtung kleiner Differenzen durch Bewilligung von Abzügen, durch kleine Nachlässe, durch Zusicherung kleiner Vortheile für die Zukunft u. s. w.[32]) Dagegen fallen förmliche Nachlaßverträge, Akkorde u. dgl., auch Bewilligungen übermäßiger Abzüge, nicht mehr in den Umkreis der Befugnisse des Reisenden[33]).

7) Aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen.

Die Bewilligung von Zahlungsfristen sowie die Einziehung des Kaufpreises ist vom Gesetze den Handlungsreisenden ausdrücklich nur in dem Falle eingeräumt, wenn das Geschäft von ihnen abgeschlossen wurde. Es fragt sich daher, ob hieraus ein Schluß auf das Gegentheil gezogen werden dürfe, und ob angenommen werden muß, daß auf die vom Prinzipal selbst oder von anderen Reisenden des Hauses geschlossenen Geschäfte die präsumtive Vollmacht sich nicht beziehe.

Es bestehen hierüber drei Ansichten: die Einen bejahen die Frage allgemein und halten streng am Wortlaute des Gesetzes[34]), die Anderen beschränken die Vollmacht wenigstens hinsichtlich der vom Prinzipal selbst eingegangenen Geschäfte[35]), die Dritten endlich räumen den Reisenden das Inkassomandat unbeschränkt ein[36]).

Die letztere Ansicht dürfte für das gegenwärtige Verkehrsleben die richtige sein[37]). Der Preußische Entwurf sowohl, als die Beschlüsse der ersten und zweiten Lesung enthielten überhaupt keine näheren Bestimmungen über den Umfang der Stellvertretungsbefugnisse eines Reisenden[38]). Erst

---

32) Vgl. das Erk. des k. Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 42.

33) Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 566 und Busch Archiv Bd. VIII S. 273.

34) So z. B. Koch in seinem Kommentar Note 75 zu Art. 49.; ebenso ein Erk. des Dresdener OAG. abgedruckt in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI S. 150 und Busch's Archiv Bd. X S. 447.

35) So z. B. Busch im Archiv Bd. I S. 61.

36) So z. B. das Erk. in Busch Archiv Bd. II S. 167 und Wengler daselbst S. 60.

37) v. Hahn und Endemann sprechen sich über diese Frage nicht aus.

38) Man hielt dafür, der Begriff des Handlungsreisenden sei zu unbestimmt und

in der dritten Lesung beschloß man eine desfallsige nähere Feststellung [39]), man fand aber zugleich, daß nur für den im Artikel aufgenommenen Satz eine absolute Einstimmigkeit der Ansichten herrsche.

Jedoch wurde auch hier anerkannt, daß wenigstens im Kleinverkehr der allgemeinen Uebung nach ein Reisender auch die Kaufpreise aus den von seinem Vorgänger abgeschlossenen Geschäften einziehen könne.

Für den gewöhnlichen Verkehr ist es aber (wenigstens in Süddeutschland) [40]) nicht anders hergebracht und ist von allen Seiten anerkannt, daß der wirkliche Handlungsreisende, der als Gehülfe eines Geschäftes den Verkehr nach Außen besorgt, ganz unbeschränkt zum Geldempfange innerhalb des Geschäftsverkehres bevollmächtigt ist, und daß demselben, sofern nicht der Prinzipal den Kunden solches ausdrücklich oder nach Lage der Sache stillschweigend untersagt hat [41]), gültig für alle Geschäftsrückstände, einerlei wann sie entstanden und durch wen die Geschäfte abgeschlossen sind, gezahlt werden kann.

Für eine Einschränkung, wie sie im Gesetze enthalten ist, ließe sich ohnehin nur der Umstand anführen, daß in diesen Fällen der Reisende den Kunden bereits als Handlungsbevollmächtigter seines Prinzipals bekannt ist; allein die Pflicht des Zahlenden, sich über das Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses im Allgemeinen zu vergewissern [42]), bleibt natürlich unberührt. An eine Person, die nicht oder nicht mehr Reisender ist [43]), kann allerdings überhaupt nicht gültig Zahlung geleistet werden.

8) Es ist bereits mehrfach erinnert worden, daß der Art. 49 nur das Verhältniß des Reisenden als des Stellvertreters seines Prinzipals im

---

die Verschiedenheit der maßgebenden Verhältnisse je nach Art der Geschäfte und nach dem Herkommen der einzelnen Gegenden zu groß, als daß mit wenigen Sätzen richtige Entscheidungsnormen aufgestellt werden könnten. Prot. S. 955.

[39]) Prot. S. 4515 und S. 4631 (dieses letztere Citat lautet irrthümlich bei Hahn S. 4613, ebenso in dem Aufsatze von Wengler in Busch Archiv Bd. II S. 63).

[40]) Vgl. das Erk. des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg in der Sammlung Bd. II S. 43.

[41]) Einen interessanten Fall, in welchem das Verbot aus den Umständen sich ergeben mußte, siehe in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 599.

[42]) Vgl. das Erkenntniß in Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 601.

[43]) Vorbehaltlich, daß in diesem Falle der Widerruf gegen den Dritten Wirkung hat, vgl. Art. 55.

Verkehr mit Dritten in das Auge faßt, und daß für das Verhältniß des Reisenden zum Prinzipal das Dienstverhältniß maßgebend bleibt. Es ist demnach dieses im Allgemeinen nach den Vorschriften des sechsten Titels zu beurtheilen. Da jedoch hier der Reisende ex professo im Gesetze erwähnt wird, so mögen einige im praktischen Leben häufig vorkommende Fragen berührt werden.

a) Der Reisende hat Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen, soferne mit ihm nicht ein bestimmter Betrag für Spesen vereinbart ist [44]). Wenn Letzteres der Fall ist, so kann ihm für solche Tage, an denen er das Geschäft seines Prinzipals nachweislich vernachlässigte, oder an denen er für Andere Geschäfte besorgt, ein Abzug gemacht werden [45]), und zwar kann daraus, daß am Ende der Reise abgerechnet und vom Prinzipal auch eine Einwendung nicht erhoben wurde, noch nicht ein Verzicht desselben abgeleitet werden, weil derartige Unregelmäßigkeiten der Natur der Sache nach erst später entdeckt zu werden pflegen.

b) Der Reisende ist im Allgemeinen verpflichtet, in der Abschließung seiner Geschäfte die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden; er hat deshalb insbesondere auch von solchen Personen, deren Insolvenz oder Zweifelhaftigkeit er kennt, Aufträge nicht anzunehmen; eine förmliche Erkundigungspflicht liegt ihm jedoch nur dann ob, wenn ihm diese durch Bezeichnung von Referenzen u. dgl. auferlegt ist [46]).

---

[44]) Der Reiseaufwand fällt aber dann dem Reisenden selbst zur Last; in den Verträgen, welche er mit Wirthen, Fuhrleuten u. s. w. schließt, vertritt er nicht seinen Prinzipal, weshalb dieser auch nicht haftet. Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 597.

[45]) Erk. des Nürnberger HAG. in der Sammlung Bd. II S. 309.

[46]) Vergl. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 310.

Art. 50.

Wer in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Waarenlager angestellt ist, gilt für ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen, welche in einem derartigen Laden, Magazin oder Waarenlager gewöhnlich geschehen.

Art. 51.

Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt deshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen.

Pr. E. Art. 54 und 55. I. E. Art. 48. II. E. Art. 48 und 49. Prot. S. 97 ff., 955 ff., 1632.

1) Der Art. 47 hat bereits eine rechtliche Vermuthung in Bezug der Handelsbevollmächtigung aufgestellt, indem derselbe, wenn eine Handelsvollmacht vorhanden ist, deren Inhalt auslegt und innerhalb gewisser Grenzen als stillschweigend ertheilt ansieht. Die obigen beiden Artikel 50 und 51, zu welchen auch Artikel 296 zu ziehen ist, gehen nun einen Schritt weiter, und stellen eine rechtliche Vermuthung für das Bestehen der Bevollmächtigung selbst auf. Der Pr. E. hatte die desfallsigen Vermuthungen nur in Bezug auf Handlungsgehülfen aufgenommen [1]), das Handelsgesetzbuch erweiterte sie in dreifacher Weise, indem der Art. 50 anstatt von den Handlungsgehülfen von jedem im Laden u. s. w. Angestellten spricht, der Art. 51 aber auch diese Beschränkung wegläßt, und endlich Art. 296 ganz

[1]) Die Art. 54 und 55 lauteten:

Ein Handlungsgehülfe, welcher in einem Laden oder in einem offenen Magazine oder Waarenlager angestellt ist, gilt für beauftragt, die Verkäufe und die Empfangnahmen, welche in dem Laden oder in dem Magazine oder Waarenlager gewöhnlich geschehen, an diesem Orte gleich einem Handlungsbevollmächtigten vorzunehmen. Ein Handlungsgehülfe, welcher die Quittung überbringt, gilt für beauftragt, die Zahlung zu empfangen. Daraus, daß ein Handlungsgehülfe die Waaren oder die unquittirte Rechnung überbringt, ist noch nicht zu schließen, daß er zum Empfange der Zahlung beauftragt sei.

allgemein unter die für alle Personen gegebenen Bestimmungen eingereiht wurde.

Es ist demnach nunmehr in Art. 50 und 51 eine Vermuthung für und eine gegen das Bestehen einer Handlungsbevollmächtigung und in Art. 296 eine Vermuthung für das Bestehen einer Vollmacht zu einer einzelnen Handlung aufgestellt.

2) Laden, offenen Magazine oder Waarenlager.

Das Gesetz versteht unter dieser Bezeichnung alle Lokale, in welchen der Handel öffentlich betrieben wird. In der Regel werden sich derartige Lokale durch Aushängeschilder und dergleichen als Geschäftslokale öffentlich ankündigen [2]), sollte dieses aber auch nicht der Fall sein, so findet der Artikel doch Anwendung, wenn dem Lokale die obige Eigenschaft zukommt [3]).

Es bezieht sich jedoch die Bestimmung nach den Berathungen nur auf den Detailhandel; die in den Waarenlagern und Magazinen der Grossisten beschäftigten Personen haben ihrer Stellung nach keinerlei Bevollmächtigung zu Geschäftsabschlüssen, weshalb sich auch die gesetzliche Fiktion der Vollmacht, wie sie Art. 50 aufstellt, auf diese Art Gehülfen nicht bezieht [4]).

Komptoirs fallen an sich nicht unter den Art. 50, und es kann daher auf Grund dieses Artikels mit einem Komptoiristen weder ein in das Ladengeschäft einschlagendes Kaufgeschäft geschlossen, noch demselben eine dahin gehörige Zahlung geleistet werden [5]). Dagegen wird sich aus dem

---

[2]) Prot. S. 97.

[3]) Der Hopfenhändler X. pflegte sein Geschäft in einer gewöhnlichen Scheune zu betreiben, wo sich die Kunden einfanden und den Hopfen nach Bedarf in kleineren Quantitäten ankauften. In seiner Abwesenheit verkaufte ein Kommis einen Sack Hopfen nach der Meinung des Händlers zu wohlfeil und letzterer bestritt daher die Gültigkeit des Geschäftes, allein vergeblich.

[4]) Wer in einem großen Droguengeschäft als Magazinier angestellt ist, hat nur die Aufgabe, die Waaren vom Versandte aufzunehmen, sie zu sortiren, aufzubewahren und zur weiteren Versendung zu stellen. Wenn demnach auch das Magazin mit einer Firmatafel versehen wäre, so würde doch ein von dem Magazinier abgeschlossenes Verkaufsgeschäft die Firma nicht binden.

[5]) Z. B. A. will in der Modewaarenhandlung des X. Waaren kaufen, geht aber nicht in den Laden, sondern in das daneben befindliche Komtoir und schließt mit dem darin allein befindlichen Korrespondenten über eine Partie Waaren ab; dieser Vertrag bindet den Prinzipal nicht, soferne nicht etwa noch eine andere Handlungsvollmacht, außer der durch Art. 50 begründeten, besteht.

Umstande, daß bei den Berathungen des Gesetzes eine dahin zielende Erweiterung abgelehnt wurde, nicht folgern lassen, daß die in den Komptoirs beschäftigten Personen überhaupt keine stillschweigende Handlungsvollmacht besitzen können. Andererseits kann man auch nicht so weit gehen, anzunehmen, daß eine im Komptoir beschäftigte Person kraft Gesetzes zu allen jenen Geschäften bevollmächtigt sei, welche im Komptoir oder in einem derartigen Komptoir gewöhnlich vorkommen.

Denn wenn das Gesetz dieses gewollt hätte, so würde es nothwendigerweise im Art. 50 auch der Komptoire haben erwähnen müssen [6]). Es ist deshalb, nachdem dieß nicht geschehen, zu unterscheiden: zu denjenigen Geschäften, welche in einem Komptoir von den mit der betreffenden Abtheilung oder Geschäftsbranche Beauftragten gewöhnlich vorgenommen werden, gilt der Komptoirist, der in dieser Abtheilung oder Branche thätig ist, allerdings für ermächtigt, zu anderen Geschäften jedoch nicht.

Wenn z. B. im Komptoir sich zugleich die Kasse befindet, so kann ich demjenigen, der an der Kasse steht, gültig zahlen; ich muß nicht erst anfragen und mich vergewissern, ob der betreffende Gehülfe auch wirklich der angestellte Kassier ist, genug, daß die betreffende Person an der Kasse fungirt. Dagegen kann ich an diese an der Kasse thätige Person nicht auch deshalb, weil in demselben Lokale die Wechsel diskontirt werden, einen Wechsel Namens der Firma verkaufen [7]); so wenig, als ich an einen nicht beim Kassegeschäfte, sondern mit der Korrespondenz oder der Buchführung, wenn auch in demselben Lokale, beschäftigten Handlungsbevollmächtigten gültig Zahlung leisten kann [8]), oder ein für den Prinzipal bindendes Lieferungsgeschäft mit ihm abzuschließen vermag.

Ist freilich der Handlungsbevollmächtigte, der im Komptoir arbeitet,

---

[6]) Deshalb dürfte die Entscheidung in Busch Archiv Bd. VII S. 421 ff. und Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI S. 156 ff. in der dort gegebenen Allgemeinheit kaum richtig sein.

[7]) Einen sehr interessanten Fall bei Busch Archiv Bd. VII S. 446.

[8]) Ist außer der einen Person Niemand im Lokale anwesend und kann der Anwesende nun unbehindert an der Kasse thätig sein, so wird man ihm wohl Zahlung leisten dürfen; aber die äußere Voraussetzung, um als Kassier thätig sein zu können, muß vorliegen. Nur in diesem Sinne dürfte die Entscheidung in Busch Bd. VII S. 421 für bloße Handlungsbevollmächtigte gerechtfertigt sein. Wenn z. B. der Tisch, woselbst gezahlt wird, mit einem Drahtgitter umgeben, und dieses versperrt ist, so wird Niemand einen im Lokale anwesenden, z. B. an einem Pulte schreibenden Handlungsbevollmächtigten als mit Kassiergeschäften betraut ansehen können.

zugleich Handlungsgehülfe, dann kommt die Frage über die Haftpflicht des Prinzipals für unerlaubte Handlungen seines Dienstpersonales in Betracht [9]).

Wirthschaftslokale, Bier- und Weinstuben, Konditoreien u. s. w. fallen unter den Art. 50; da in Art. 10 für die Inhaber solcher Geschäfte nur die Bestimmungen über Prokuren, nicht aber auch jene über Handlungsbevollmächtigungen ausgeschlossen sind.

3) Angestellt sind.

Dieser Ausdruck deutet an, daß nicht nur solche Personen, welche im Geschäfte des Prinzipals als ständige Gehülfen konditioniren, für Handlungsbevollmächtigte im Sinne des vorstehenden Artikels zu betrachten sind, sondern alle Personen, welche mit Ausübung des Ladengeschäftes betraut sind; dieses ist das charakteristische Merkmal, und bleibt Alter, Stand und Geschlecht [10]) außer Einfluß [11]).

Das Publikum hat demnach keinerlei Verpflichtung, sich über die Qualität der im Laden Beschäftigten näher zu erkundigen; die thatsächliche Ausübung des Ladengeschäftes ist entscheidend. Daraus ergibt sich aber, daß diejenigen Personen unter den Artikel nicht fallen, welche nur im Laden sich aufhalten [12]), und auch nicht jene, welche zwar im Laden beschäftigt sind, aber nicht das Ladengeschäft betreiben.

Ist aber eine Person als „angestellt" zu erachten, so kommt nicht weiter in Betracht, ob sie regelmäßig oder nur vorübergehend im

---

[9]) Diese beiden Fragen werden im praktischen Leben häufig vermischt; wenn ein Kommis, der also im Dienste des Prinzipals steht, im Komptoir Geld für den Prinzipal in Empfang nimmt und unterschlägt, so fragt es sich allerdings, ob nicht der Prinzipal für seinen Gehülfen haften muß; aber eben deshalb darf man, um die im Texte erörterten Fragen klar zu stellen, nicht blos die Zahlungen in das Auge fassen, sondern man muß an anderen Verträgen die Richtigkeit der Prinzipien prüfen.

[10]) Daß auch die Ladenmädchen nach diesem Artikel zu beurtheilen sind, ist in den Protokollen (S. 97 a. E.) speziell erwähnt.

[11]) Eben deshalb kann z. B. auch ein Lehrling, wenn ihm der Prinzipal selbst nur thatsächlich gestattet, im Laden zu verkaufen, die Firma in dem Umfange des Ladengeschäftes berechtigen und verpflichten.

[12]) Z. B. Fremde, die selbst Kunden sind, Freunde, die einen Besuch machen u. s. w.

Laden, im Magazine oder Waarenlager thätig ist[13]); ebenso nicht die Zeit, zu welcher sie ihre Thätigkeit ausübt[14]).

4) Gilt für ermächtigt.

Dieser Ausdruck hat eine mehrfache Bedeutung. Vor Allem spricht er aus, daß stillschweigend sämmtliche im Laden, Magazine oder Waarenlager durch einen Angestellten vorgenommene Verkäufe und Empfangnahmen als im Namen des Prinzipals geschehen anzusehen sind, daß der Ladendiener oder auch der Kunde mit dem Einwande nicht gehört wird, es sei das Geschäft nicht für den Prinzipal, sondern mit beiderseitiger Uebereinstimmung für den Ladendiener geschlossen worden[15]).

Ferner aber wird durch das Wort „gilt" nicht etwa nur festgestellt, daß nicht der Kunde die Vollmacht sondern der Prinzipal die Nichtbevollmächtigung der betreffenden Person beweisen müßte; vielmehr ist damit die Bestimmung getroffen, daß der Prinzipal es sich unter allen Umständen gefallen lassen muß, wenn der Geschäftskunde mit dem im Laden Angestellten Namens der Firma kontrahirt. Es ist seine Sache, Personen, denen er kein Vertrauen schenkt, im Geschäfte nicht zu verwenden, oder wenn er eine Kontrole will, seine Instruktionen zu ertheilen und deren Aufrechthaltung zu überwachen. Dritten gegenüber aber sind solche Anordnungen als innere Angelegenheiten des Geschäftes unverbindlich, es wäre denn, daß denselben

---

[13]) Ein Markthelfer, welcher bei momentaner Erkrankung des Kommis Aushülfe im Laden leistet, ist für diese Zeit als Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art. 50 anzusehen; ebenso die Leute, welche z. B. nur während der Meß- oder Marktzeit mit Verkäufen u. dgl. beschäftigt werden.

[14]) v. Hahn S. 135 legt auf dieses letztere Moment Gewicht und in dem von ihm gegebenen Beispiele (Offensein eines Ladens am frühen Morgen zum Zwecke der Reinigung) ist seine Entscheidung auch vollkommen richtig; allein nur wegen der supponirten Thätigkeit des darin befindlichen Bediensteten. Sollte aber in noch so früher oder noch so später Stunde ein Gehülfe die Ladengeschäfte betreiben, so wird man ihn aus dem Kreise der in Art. 50 aufgeführten Handlungsbevollmächtigten nicht wohl ausschließen können.

[15]) Natürlich nur ein in das Bereich des Ladengeschäftes fallendes. Die Ladnerin in einem Cigarrenladen kaufte einem in das Geschäftslokal gekommenen Hausirer ein Ansbacher Lotterieloos ab und machte einen Gewinn; der Prinzipal wollte den Kauf als für seine Rechnung geschlossen ansehen, allein mit Unrecht.

die Nichtbevollmächtigung oder die Beschränkung der Vollmacht bekannt gewesen wäre (Art. 55 Abs. 2).

Hiernach entscheidet sich die Frage, in wie weit öffentliche Bekanntmachungen von Einfluß sind. Cirkulare, Zeitungsannoncen und ähnliche Warnungen genügen keinenfalls, um die Vermuthung des Art. 50 auszuschließen; aber auch nicht die hie und da in den Läden u. s. w. angebrachten Anschläge (vgl. unten Nr. 7).

Was insbesondere das Aufhängen oder Auflegen von Preiskouranten betrifft, so haben diese ebensowenig, wie die sog. Auszeichnungen (Preisnotirungen an den Waaren selbst) im Verkehre die Bedeutung, die Geschäftskunden aufmerksam zu machen, daß dem Ladenpersonale ein Verkauf zu anderen Preisen untersagt sei. Aber auch die häufig vorkommende Aufschrift „feste Preise" gilt im Verkehrsleben nicht als ein Verbot gegen die im Geschäfte Angestellten, sondern als eine Notiz für die Kunden selbst; würde ein Kommis trotz der Inschrift auf der Ladenthüre sich etwas am Preise abhandeln lassen, so muß der Prinzipal den geschlossenen Verkauf anerkennen [16]), und kann sich nur wegen Nichtachtung seines Befehles an den Untergebenen halten.

5) Daselbst.

Die Bevollmächtigung erstreckt sich nur auf die Stellvertretung im Laden, offenen Magazine und Waarenlager. Ein Ladendiener ist deshalb, weil er Ladendiener ist, noch nicht ermächtigt, Waarenverkäufe außerhalb des Ladens zu bewerkstelligen [17]), oder Zahlungen anzunehmen; selbst dann nicht, wenn er sich zwar im Hause, aber nicht im Laden befindet [18]).

6) Verkäufe und Empfangnahmen.

Das Gesetz hat die Ankäufe ausgeschlossen; wenn demnach auch in einem offenen Laden oder Magazine (wie dieß bei Landesproduktengeschäften, Antiquariaten u. s. w. häufig vorkommt) Anschaffungen im Detail

---

[16]) Anderer Ansicht v. Hahn S. 137 und Laband im Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 222.

[17]) Es kann die Befugniß durch die Natur des Geschäftes gegeben sein, z. B. bei den in den Theatern u. s. w. herumgehenden Konditorgehülfen und ähnlichen Bediensteten.

[18]) Einen Fall, in welchem der Kassier des Gläubigers das Geld im Komptoir des Schuldners in Empfang nahm, und auf diese Empfangnahme der Art. 50 nicht angewendet wurde, siehe in dem Erk. des Berliner Obertribunales bei Busch Archiv Bd. IX S. 123.

gemacht werden, so ist doch der im Laden oder Magazine Beschäftigte auf Grund des Art. 50 nicht für bevollmächtigt anzusehen, Namens seines Prinzipals Ankäufe zu machen [19]).

Was die Verkäufe betrifft, so sind nicht blos Baarverkäufe im Gesetze aufgeführt; auch Kreditverkäufe sind daher für den Prinzipal verbindend, vorausgesetzt, daß sich die Kreditgewährung innerhalb der im Ladengeschäfte üblichen Grenzen bewegt [20]).

Das Wort Empfangnahme ist nicht im Sinne „des kaufmännischen Empfanges" zu verstehen. Der Magazinier ist berechtigt, die ankommenden Waaren abladen zu lassen, sie entgegenzunehmen, und wenn er sie in Händen hat, so sind sie dem Prinzipal übergeben. Allein zum Empfange als solchem, zur Billigung und zur Dispositionsstellung ist ein solcher Angestellter auf den Art. 50 hin nicht ermächtigt.

Unter die Empfangnahmen, welche gewöhnlich in einem Laden vor sich gehen, gehören insbesondere die Zahlungsannahmen; zu diesen sind daher die im Laden, Magazine oder Waarenlager Angestellten ermächtigt anzusehen; doch wird auch hier das übliche Ladengeschäft nicht verlassen werden dürfen. So kann der Ladendiener ohne spezielle Vollmacht weder Wechsel an Zahlungsstatt annehmen [21]), noch wird er zur Annahme und Quittirung von anderen als aus dem Ladenverkaufe erzielten Summen befugt sein.

7) Vorzunehmen.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß der Prinzipal die Vornahme der einzelnen im Art. 50 erwähnten Stellvertretungshandlungen dem Personale oder Einzelnen desselben untersagen kann, daß aber diese Verbote und ebenso auch Anweisungen über eine gewisse Art der Vornahme [22]) jener

---

[19]) Auch Zahlungen darf er nicht leisten; ein schon vor dem a. d. HGB. erlassenes Präjudiz, daß es dem Ladendiener nicht zustehe, Forderungen seines Prinzipals anzuerkennen und durch Ueberlassung von Waaren zu decken, siehe bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. II S. 401.

[20]) Eigentliche Stundungen zu ertheilen, ist das Ladenpersonal nicht befugt; daher wäre der Prinzipal allerdings nicht verbunden, die von einem Kommis dem Ladenkunden etwa bewilligte Zahlungsfrist von mehreren Jahren anzuerkennen. Ein Antrag auf Beschränkung der Befugniß auf den Baarverkauf wurde bei der Berathung verworfen. (Prot. S. 99.)

[21]) Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. II S. 202; über eine Annahme von Waaren an Zahlungsstatt vgl. die Sammlung handelsg. Entscheidungen in Bayern Bd II S. 45.

[22]) Z. B. die Bestimmung: Zahlungen sollen nur im Komptoir geleistet werden u. dgl.

Handlungen gegen den Dritten nur dann Wirkung haben, wenn sie demselben bekannt sind.

Nachdem die gesetzliche Bestimmung in Art. 55 Abs. 2 (vgl. die Erläuterung zu diesem Artikel unter Nr. 10) ganz deutlich ist und von einem Kennenmüssen, wie solches in Art. 46 Abs. 2 ausdrücklich erwähnt wird, nicht spricht, so kann dem Prinzipal auch der Beweis nicht verstattet werden, daß dem Kontrahenten bei gehöriger Aufmerksamkeit die Beschränkung der Vollmacht oder die Anordnung über Ausübung der nach Art. 50 dem Ladenpersonale gesetzlich zustehenden Ermächtigung nicht hätte entgehen können. Hiernach aber entscheidet sich die bekannte Kontroverse, inwieweit der Prinzipal sich auf Anschläge vor oder in dem Laden berufen könne [23]. Da weder eine allgemeine, noch eine durch das Geschäftsverhältniß begründete Pflicht des kaufenden Publikums angenommen werden kann, nach Anschlägen zu spähen und, bevor man in einem Laden kauft, alle irgendwo angehefteten Bekanntmachungen zu lesen [24]), kann durch ein derartiges Proklama die mala fides des Kunden nicht herbeigeführt werden [25]). Eine andere Frage ist es, inwieweit durch den Nachweis der Thatsache, daß in die Augen fallende Anschläge vorhanden sind, der Beweis, daß der Kunde sie wirklich gekannt habe, als durch Vermuthung erbracht angenommen werden könne [26]).

Im Allgemeinen ist jedoch noch auf die Bedeutung Gewicht zu legen, welche derartigen Anordnungen nach der Usance des Verkehrslebens beizulegen ist. (Vgl. oben S. 377.)

---

[23]) Ueber das „praedicere" „palam proscribere" des römischen Rechtes vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. III S. 336 und Bd. IV S. 601.

[24]) Wie solches von dem Reisenden hinsichtlich der in den Zimmern angeschlagenen Bekanntmachungen etwa verlangt werden kann, vgl. Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 162 und den Art. 751 des Dresdener Entwurfes (eines Gesetzes über Schuldverhältnisse).

[25]) Anderer Ansicht sind v. Hahn Kommentar Bd. I S. 137 und 138, dann Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 222.

[26]) Vgl. oben S. 114 Note 41; ein Mehreres als konkrete Anhaltspunkte, wann die Vermuthung für ein Gekannthaben Seitens des Gegenkontrahenten anzunehmen sei, gibt auch nicht die berühmte Stelle Ulpian's fr. 11 §. 2—5 D. de instit. act. (14,3.)

8) Welche in einem derartigen Geschäfte gewöhnlich geschehen.

Diese Fassung wurde bei der Berathung deshalb gewählt [27]), damit man nicht etwa zu der Anschauung geführt werde, als ob die Bevollmächtigung nur für solche Geschäfte angenommen werden dürfe, welche in demjenigen Lokale herkömmlich sind, in welchem der betreffende Gehülfe angestellt ist. Es würde unbillig sein, dem Publikum zuzumuthen, daß es sich erkundige, welche Abweichungen von dem bestimmten Ortsgebrauche in einem bestimmten Lokale hergebracht seien, vielmehr macht die Rücksicht auf die Sicherheit des Publikums es nothwendig, daß die Bevollmächtigung so weit vermuthet werden darf, als sie nach Ortsgebrauch reicht. Es muß deshalb zum Nachtheile des Kaufmannes auch dieser Ortsgebrauch seinen speziellen Anordnungen vorgehen.

Es ist demnach vor Allem zu untersuchen, ob das betreffende Lokal ein Verkaufsladen oder ein Magazin ist; die in ersterem Angestellten werden in der Regel nicht zur Empfangnahme, die in letzterem nicht zum Verkaufe angestellt. Wo beides vereinigt ist, fallen natürlich die Thätigkeiten zusammen; aber auch wo nach der speziellen Einrichtung oder nach dem Ortsgebrauche gewisse Verkäufe in den Magazinen [28]), gewisse Empfangnahmen im Laden stattfinden, modifizirt sich die obige Ausscheidung. Ferner richtet sich der Umfang der Vollmacht eines Angestellten nach dem Geschäftsumfange; der im Spezereiladen Angestellte kann nicht Tuchwaarenverkäufe abschließen u. dgl. [29]). Als ein Hauptgrundsatz wird ferner gelten müssen, daß, weil in den offenen Läden regelmäßig nur die vorhandenen Waaren verkauft werden, die Angestellten keine Lieferungsgeschäfte [30]) mit bindender Kraft abschließen können.

9) Waare und unquittirte Rechnung.

Das Gesetz sagt „wer Waare und unquittirte Rechnung überbringt“; noch weniger also kann Jemand befreit werden durch Zahlung an denjenigen, welcher nur das eine oder das andere überbringt. Wer nur die Waare oder nur eine unquittirte Rechnung überbringt, an den kann gültig nicht gezahlt werden [31]).

---

[27]) Prot. S. 98.

[28]) Z. B. in den Möbelmagazinen die Verkäufe der Möbel.

[29]) Deshalb ist z. B. der Prinzipal und Chef einer Modewaarenhandlung nicht gebunden, wenn das Ladenmädchen die Stühle und Tische verkauft hat; wohl aber der Chef eines Möbelmagazins.

[30]) Das Versprechen Einzelnes nachzusenden, die Annahme kleiner Bestellungen ist natürlich nicht ausgeschlossen.

[31]) Hieran ändert Art. 306 und 307 natürlich Nichts; dagegen findet die Be-

Zu den Waaren gehören auch Wechsel und andere indossable Papiere; wer ein solches Papier überbringt, ist an und für sich zum Geldempfange nicht berechtigt, selbst wenn das Papier das echte Giro trägt [32].

Unter Rechnung ist nicht blos eine Aufzeichnung von Waare und Preis, sondern jedes Dokument zu begreifen, dessen Quittirung dem Schuldner Beweis der Zahlung liefert, z. B. ein Kontokorrent, ein Wechsel gegenüber dem Acceptanten oder Aussteller, u. s. w.

Die wichtigste Frage aber bleibt, was unter dem Worte „unquittirt" verstanden werden muß, und hier muß als Grundprinzip festgehalten werden, daß nicht die äußerliche Thatsache irgend einer Empfangsbescheinigung darunter verstanden werden darf. Vielmehr muß die Bescheinigung von dem Forderungsberechtigten selbst oder von einem dazu Bevollmächtigten ausgestellt sein. Wenn ein Unberechtigter die Empfangsbescheinigung auf die Urkunde setzt, so ist die letztere nicht quittirt, sondern die Quittung ist gefälscht und eine gefälschte Quittung kann die im Art. 296 angegebene Wirkung nicht hervorbringen [33].

---

stimmung keine Anwendung, wenn die Waare zum Verkaufe übergeben, daher der Ueberbringer zugleich Verkaufsbevollmächtigter ist.

[32]) Der Fall ist: Folgender Wechsel wird durch eine beliebige Person dem Banquier Zahler überbracht mit dem Ersuchen um Behändigung der Valuta:

Angenommen Soll.

Nürnberg den 24. November 1866. Für 600 fl.

Am 1. Januar 1867 zahlen Sie gegen diesen Primawechsel an die Ordre des Herrn H. März die Summe von sechshundert Gulden im $52^1/_2$ fl. Fuß.

Herrn Th. Soll in Nürnberg. Ph. Haben.

Auf der Rückseite:

Für mich an Ordre Herrn Zahler.

H. März.

Darf Zahler dem Ueberbringer, wenn er die Unterschrift des März kennt und sie echt ist, zahlen? Nein, denn der Wechsel ist in dieser Funktion Waare. Art. 74 der a. d. WO. schlägt hierein; es ist eine Zuwiderhandlung gegen Art. 50 des HGB., also grobe Fahrlässigkeit, auf solche Art einen Wechsel zu erwerben. Vgl. das Erk. des Lübecker OAG. in der Samml. der Entscheid. S. 155 und Goldschmidt's Zeitschrift Bd. IV S. 167.

[33]) Auf die Verdächtigkeit oder Unverdächtigkeit des Vorganges kommt es hiebei nicht an; wer auf eine Quittung hin zahlt, muß sich über die Aechtheit der Unterschrift vergewissern, außerdem zahlt er auf eigene Gefahr.

10) Ueberbringt.

Das Gesetz hat den Ausdruck überbringen mit der Absicht gewählt, um durch denselben die Bestimmung des Artikels auf die einfache, physische Uebermittelung der Waare zu beschränken. Wenn das Ueberbringen ein rechtlich bedeutsames, die Folge oder das begleitende Moment eines Rechtsaktes ist, so findet die Vorschrift des Artikels keine Anwendung.

Derjenige also, welcher die Waare als Verkaufsbevollmächtigter mit sich führt, sei es, daß er vermöge spezieller Ermächtigung oder in Folge seiner Stellung im Geschäfte des Prinzipals mit der Veräußerung der Waare betraut ist, kann für die von ihm abgeschlossenen Käufe natürlich auch die Kaufpreise in Empfang nehmen.

Der Sinn des Artikels 51 und des Artikels 296 ist daher nach dem Gange der Berathungen und den dabei ausgesprochenen Ansichten eigentlich folgender:

Wenn der Kaufmann durch einen Handlungsgehülfen, Kommis, oder eine im Geschäfte angestellte Person, einen Ladendiener, Ladenmädchen, Ausgeher u. s. w. eine Waare, eine unquittirte Rechnung oder beides zusammen überschickt, so hat damit allein der Prinzipal den Ueberbringer zum Geldempfange noch nicht bevollmächtigt; wenn aber irgend Jemand eine quittirte Rechnung vorzeigt, so befreit sich der Schuldner durch Zahlung an denselben von seiner Verbindlichkeit.

Der erste Satz ist an und für sich, so wie er jetzt lautet, eigentlich überflüssig; es wird Niemand zweifeln, daß in dem Auftrage, eine Sache abzugeben, nicht zugleich der Auftrag ertheilt ist, Geld einzukassiren. Niemand wird einen Packträger, einen Ausläufer oder eine beliebige Person, welche Etwas überbringt, für den richtigen Zahlungsempfänger ansehen, wenn er sich nicht sonst als solcher ausweist. Der Schwerpunkt des Artikels des Pr. E. lag in dem Worte „Handlungsgehülfe." Das preußische Landrecht (Th. II Tit. 8 §. 550) und nach ihm der Würtembergische Entwurf hatte in dem Umstande, daß ein Kaufmann eine in seinen Diensten als Gehülfe stehende Person mit der Waare zu dem Käufer schickt, einen stillschweigenden Auftrag gefunden, das Geschäft vollends abzuwickeln, insbesondere den Kaufpreis in Empfang zu nehmen. Die Praxis des Preußischen Obertribunales hatte diesen Satz bereits zu beschränken gesucht, und denselben nur dann für richtig erklärt, wenn die Zahlung Zug um Zug erfolge; allein, wie die Motive des Pr. E. bemerken [34]), auch so

[34]) Seite 34.

sprechen für die Aufstellung des Landrechtes weder innere Gründe noch Rücksichten der Zweckmäßigkeit.

Vielmehr kann aus den in dem Art. 51 enthaltenen Aufträgen der Wille des Prinzipals, die Zahlung durch diesen Beauftragten zu erheben, schon deshalb nicht entnommen werden, weil er eben durch die Nichtquittirung der Rechnung zu erkennen gibt, daß er auf sofortige Zahlung nicht rechnet und solche nicht beabsichtigt. Dadurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß, wenn der Ueberbringer das Geld dem Prinzipal übergibt, die geschehene Zahlung in Folge nachträglicher Genehmigung des Berechtigten gültig wird. Allein immerhin wird die Quittirung durch den Ueberbringer, selbst wenn sie mit dem Namen des Prinzipals gezeichnet worden wäre, keine urkundliche Bescheinigung liefern; der Schuldner ist nicht befreit, weil er dem Ueberbringer gezahlt hat, sondern weil der Ueberbringer den Prinzipal bezahlt hat.

11) Deshalb noch nicht.

Der Artikel 51 will lediglich sagen, daß aus dem Ueberbringen der Waare und einer unquittirten Rechnung allein die Bevollmächtigung zum Zahlungsempfang noch nicht geschlossen werden solle; eine Bevollmächtigung daneben ist dadurch nicht ausgeschlossen [35]).

Hat daher der Ueberbringer ausdrückliche Vollmacht, zugleich das Geld zu erheben, oder fällt die Empfangnahme von Zahlungen überhaupt oder dieser speziellen Zahlung in den Kreis der ihm ertheilten Handlungsvollmacht, so findet der Satz des Art. 51 keine Anwendung [36]). Hierfür kann eine Vermuthung unter Anderem aus der Thatsache abgeleitet werden, daß der Ueberbringer in früheren Fällen unbeanstandet die Zahlung in Empfang genommen hat; allein eine Vollmachtsertheilung zu künftigem Geldempfange liegt in einer solchen stillschweigenden Genehmhaltung einzelner Zahlungsakte noch nicht.

---

[35]) Die Fassung „gilt nicht für ermächtigt", hätte diese (allerdings auch dann falsche) Interpretation zugelassen, weshalb Hamburg die jetzige Sprachweise proponirte (Monita S. 16).

[36]) Wenn daher z. B. ein Handlungsreisender die Waare, die er verkauft, selbst mitbringt, so kann ihm natürlich gezahlt werden, dagegen nicht an den Kommis oder an das Ladenmädchen, die die Waaren überbringen, obwohl diese im Laden das Geld in Empfang nehmen dürfen.

Art. 52.

Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäß der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schließt, wird der letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte.

Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.

Pr. E. Art. 41. I. E. Art. 49. II. E. Art. 50. Prot. S. 78 ff., 83 ff., 958 ff.

1) Der vorstehende Artikel spricht den Fundamentalsatz aus, welcher der modernen Lehre von der Stellvertretung zu Grunde liegt: die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen besteht darin, daß Jemand im Namen eines Anderen mit der Wirkung kontrahirt, als hätte dieser Andere selbst kontrahirt [1]).

Es läßt sich dieser Satz juristisch in verschiedener Weise konstruiren, und es ist insbesondere die Ansicht Savigny's [2]) hervorzuheben, wonach der Beauftragte nur als „Organ" des Auftraggebers, als wahre Kontrahenten und wirklich handelnde Personen aber immer nur der Auftraggeber selbst und der andere Vertragschließende angesehen werden sollen. Dieser Theorie [3]) folgte der Pr. E. in seinem Artikel 41 [4]), indem hierin der

---

[1]) Laband a. a. O. S. 183.

[2]) System des RR. Bd. III §. 113; Obligationenrecht Bd. II §. 53.

[3]) Es läßt sich nicht verkennen, daß die Savigny'sche Theorie sich am leichtesten mit dem, wie Puchta (Pandekten §. 273) mit Recht bemerkt, nicht als Römische Singularität sich darstellenden, sondern in der Natur der Sache liegenden Satze vereinigen läßt, daß die Obligatio in den Handelnden ihren Anfang nehmen muß. Vgl. über diese Kontroversen Thöl §. 25 Note 1; Windscheid Pandekten Th. I §. 73, und Laband a. a. O. und die Bemerkungen Endemann's S. 129 Note 2.

[4]) Schon das Pr. LR. Th. I Tit. XIII §. 85 bediente sich der hier gewählten Ausdrücke.

Satz aufgestellt war, daß der Prinzipal durch die Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten dem Dritten gegenüber ebenso verpflichtet werde, als wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte.

Die Nürnberger Kommission, von dem richtigen Gesichtspunkte ausgehend, ein Gesetz habe nur den Rechtssatz, nicht die systematische Konstruktion des Satzes zu geben, erklärte ausdrücklich, daß keine der verschiedenen Theorieen als maßgebend erachtet werden solle [5]), und begnügte sich, vermittelst der im obigen Art. 52 gewählten Fassung die Sätze auszusprechen:

Der Bevollmächtigte tritt, wenn er für den Vollmachtgeber kontrahirt, in die Obligation nicht ein [6]);

der Prinzipal tritt durch die Handlung seines Bevollmächtigten in die Obligation sofort ein, es findet kein Rechtsübergang auf ihn statt [7]).

Diese beiden Sätze charakterisiren vollständig die modern-rechtliche Natur der Stellvertretung und es lassen sich aus denselben die für die praktische Anwendung nöthigen Konsequenzen mit Leichtigkeit ziehen.

Dagegen geben dieselben keine Unterscheidungsmerkmale zwischen dem Stellvertreter und dem einfachen Unterhändler oder dem Boten und wird dieß um so wichtiger, als die Savigny'sche Ansicht den Stellvertreter und den Boten völlig identifizirt.

Theoretisch steht nun fest, daß der Gesetzgeber diese Identität nicht gewollt hat [8]), der Stellvertreter ist nicht bloßes willenloses Werkzeug, er ist selbstthätig; nicht der Prinzipal handelt, sondern der Stellvertreter; er überbringt nicht den Willen des Auftraggebers, sondern er handelt nach dem Willen desselben; mit einem Worte, er ist nicht Instrument

---

[5]) Prot. S. 78.

[6]) Wegen des in Art. 55 enthaltenen Satzes müßte man streng genommen dieß limitiren; allein wie im Verlaufe das Wort „für" entwickelt werden wird, bleibt das im Texte gegebene Prinzip doch richtig.

[7]) Auch nicht „im Momente des Handelns" durch den Bevollmächtigten, wie nach der einen Ansicht das römische und moderne Recht vermittelt werden will; das scharfsinnige Argument Laband's aus Abs. 3 des Artikels (S. 188 oben) ist in dieser Hinsicht schlagend; wenn das im Namen des Prinzipals von dem Dritten abgeschlossene Geschäft für den Bevollmächtigten überhaupt keine Rechte und Pflichten erzeugt, können solche auch nicht übergehen.

[8]) Es wurde gerade deshalb, wie die Protokolle (S. 78) ausweisen, die Fassung des Pr. E. geändert.

des Prinzipals, sondern Organ desselben, die Stellvertretung des Handlungsbevollmächtigten ist keine mechanische, sondern eine organische.

Praktisch aber wird die Unterscheidung in den meisten Fällen sich als thatsächlich unmöglich und rechtlich irrelevant darstellen [9]), so daß hier darüber hinweggegangen werden kann. Die einzelnen hier einschlagenden Fragen, in wie weit die Vertragsfähigkeit des Stellvertreters, die Freiheit und Ernstlichkeit des Willens auf seiner Seite u. s. w. in Betracht zu kommen haben, werden unten erörtert werden.

2) Rechtsgeschäft.

Die Stellvertretung unterscheidet sich von der Dienstleistung dadurch, daß — während bei beiden anstatt des Prinzipals und für den Prinzipal gehandelt wird — die erstere in Rechtshandlungen, die letztere in faktischer Arbeit besteht [10]). Diese faktische Vertretung des Prinzipals durch Dienste bildet den Gegenstand der Handlungsgehülfenschaft und fällt daher nicht unter diesen Titel; denn wenngleich auch hier der Grundsatz angewendet wird, daß solche vom Gehülfen vorgenommene Arbeiten, z. B. Eintragungen in die Bücher (Art. 36), als vom Prinzipal selbst geschehen angesehen werden, so läßt sich doch von einer Vertretung in Rechtsgeschäften, von Begründung wirklicher Rechtsverhältnisse durch Handlungen Anderer hier nur uneigentlich reden.

Indem das Gesetz sich des allgemeinen Ausdruckes Rechtsgeschäft statt Handelsgeschäft bedient, will es keineswegs etwa ausdrücken, daß der Prinzipal durch alle Rechtsgeschäfte des Stellvertreters gebunden sein solle, (wie sich aus der sofort beigesetzten Limitation „gemäß der Vollmacht" ergibt) — es sind immerhin nur Rechtsgeschäfte handelsrechtlicher Natur im Art. 52 gemeint — sondern es soll damit ausgedrückt werden, daß die Stellvertretung nicht blos im Abschlusse von Handelsgeschäften, sondern auch in der Modifizirung und Wiederaufhebung derselben, in allen auf Handelsgeschäfte bezüglichen Rechtshandlungen stattfinden könne [11]).

---

[9]) Laband a. a. O. S. 189 und ff., woselbst auch die Unterscheidungsmerkmale näher geprüft und erörtert werden.

[10]) Laband a. a. O., woselbst auch die über die Brinz'sche Ansicht entstandene Literatur erwähnt ist. Es dürften übrigens die von Brinz aufgestellten Sätze keineswegs in der Weise ausgedehnt gemeint sein, wie sie die Gegner auffassen.

[11]) Zahlungen, Dispositionsstellungen, Annahme von solchen, u. s. w. bieten Beispiele; selbst bei unerlaubten Handlungen und culpa, z. B. Versäumung, Verspätung u. dgl. äußert die Vertretung ihre Wirkungen.

3) Ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter.

Die Wirkung der Stellvertretung setzt als erstes Erforderniß ihres Eintrittes das Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses voraus; es muß ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter für den Prinzipal gehandelt haben. Daraus geht hervor, daß der Gegenkontrahent, welcher Rechte gegen den Prinzipal erwerben will, vor Allem wissen, und wenn er die Rechte geltend machen will, nachweisen muß, daß er mit einem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten des Prinzipals gehandelt habe. Hinsichtlich der Existenz des Vollmachtsverhältnisses besteht demnach für den Dritten eine unbedingte Erkundigungspflicht, welcher jedoch (wie bei Art. 46 näher dargelegt ist) die Vermuthung für die Fortdauer einmal begründeter Zustände zur Seite steht.

4) Gemäß der Prokura oder der Vollmacht.

Das Gesetz knüpft die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Prinzipals weiter an die Voraussetzung, daß die auf seinen Namen geschehene Rechtshandlung auch in Vertretung seiner Person geschehen ist. Daß solche gerade auftragsgemäß [12]) geschehen sei, ist nicht erfordert [13]); das Gesetz setzt nicht einmal voraus, daß die Handlung der konkreten Vollmacht gemäß gewesen ist.

Daraus ergibt sich:

a) Handlungen des Prokuristen, welche überhaupt in den Kreis des Handelsbetriebes fallen, sind unter allen Umständen der Prokura gemäß [14]). Da eine Beschränkung des Umfanges derselben unzulässig ist, kann es auch auf ein Wissen oder Nichtwissen von Seite des Gegenkontrahenten über etwaige Vereinbarungen des Prinzipals mit dem Prokuristen nicht ankommen [15]).

---

[12]) Ueber den Unterschied zwischen Auftrag und Vollmachtsertheilung siehe Laband a. a. O. S. 203 ff.; die frühere Fassung „auf Grund seines Auftrages" wurde ebendeshalb in zweiter Lesung geändert.

[13]) Vgl. das Erk. des Dresdner OAG. in Busch Archiv Bd. IV S. 385 und dasjenige des Leipziger Handelsgerichtes a. a. O. Bd. II S. 127, welches die entgegengesetzte Ansicht hatte, aber in II. Instanz (S. 131) reformirt wurde.

[14]) Z. B. der Prinzipal hat den Prokuristen beauftragt, lediglich dem Detailgeschäfte vorzustehen, ihm aber untersagt, die eingehenden Wechsel zu acceptiren, vielmehr sich dieses allein vorbehalten. Wenn nun demohngeachtet der Prokurist auftragswidrig ein Accept gibt, so bindet es doch den Prinzipal, weil es der Prokura gemäß geschehen ist.

[15]) Vgl. die Note 8 zu Art. 43.

b) Bei den Handlungsvollmachten, welche einen gesetzlich bestimmten Inhalt haben, ist das Geschäft der Vollmacht gemäß geschehen, wenn es seiner Art und Beschaffenheit nach dem gesetzlichen Inhalte entspricht [16]). Auch hier kommt es an sich auf den vereinbarten Umfang der Ermächtigung nicht an [17]).

Dagegen muß dem Prinzipal zustehen, dem gesetzlichen Umfange der Vollmacht die konkrete Vereinbarung dann entgegenzusetzen, wenn die letztere dem Gegenkontrahenten bekannt war; denn in diesem Falle würde ein Schutz des letzteren gegen die im Handelsverkehre stets zu wahrende Rücksicht auf Treue und Glauben verstoßen.

Es fragt sich nun, ob diese Berücksichtigung des konkreten Willens auch dann eintritt, wenn der Prinzipal sich nur darauf berufen kann, daß der Dritte die Abweichung der speziellen Bevollmächtigung vom gesetzlichen Inhalte der Vollmacht kennen mußte. Diese Frage ist zu verneinen, wie die näheren Erläuterungen zu Art. 55 Abs. 2 darthun.

Hiernach ist als Regel anzunehmen, daß dem Dritten eine Erkundigungspflicht nur in Bezug auf die Art des Vollmachtsverhältnisses desjenigen, mit welchem er kontrahirt, obliegt. Wer solche Verträge und Geschäfte mit einem Stellvertreter abschließt, wie sie nur ein Disponent, oder wie sie nur der Kassier oder wie sie nur der Reisende abschließen kann, hat die Pflicht sich zu erkundigen, ob der Stellvertreter auch wirklich Disponent, Kassier, Reisender ist. Hier wird auch in der Regel die bloße Versicherung des Stellvertreters über die Art seiner Ermächtigung nicht genügen, um im Falle der Unwahrheit den Prinzipal zu verpflichten. Dagegen trifft den Gegenkontrahenten eine weitere Erkundigungspflicht nicht, wenn der Stellvertreter unter solchen äußeren Verhältnissen handelt, daß der Dritte nicht anders annehmen konnte, als daß derselbe wirklich mit der bestimmten Handlungsvollmacht versehen sei [18]).

Diese Fälle fallen aber im Grunde mit der unter b) erwähnten Feststellung der Existenz des Vollmachtsverhältnisses zusammen und betreffen

---

[16]) Vgl. das Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes in der Sammlung Bd. II S. 45.

[17]) Wenn ein Prinzipal dem Handlungsreisenden den Auftrag gibt, nur Bestellungen aufzusuchen, Gelder aber nicht einzukassiren, so befreit sich demohngeachtet der Schuldner, welcher dem Reisenden zahlt, weil die Annahme dieser Tilgung der Obligation innerhalb der gesetzlichen Vollmacht des Reisenden liegt.

[18]) Es sind dieß namentlich die Fälle, welche bei Art. 50 erwähnt sind.

mehr die Frage, auf wessen Seite das Verschulden bei Ausübung einer nicht bestehenden Ermächtigung zu suchen sei.

Da jedoch in Art. 47 nicht blos der gewöhnliche Betrieb des Gewerbes und die gewöhnliche Ausführung der Geschäfte für maßgebend für den gesetzlich vermutheten Inhalt einer Handlungsvollmacht erklärt sind [19]), sondern auch die Beschaffenheit des konkreten Handelsgewerbes, der konkreten Geschäfte durch den Beisatz derartig in Betracht genommen ist, so besteht eine weitere Erkundigungspflicht [20]) des Dritten auch nach dieser Richtung [21]).

Doch erstreckt sich diese Erkundigungspflicht keineswegs in das Detail, nur die „Derartigkeit" ist maßgebend; ob aber der Prinzipal auch wirklich gerade so und nicht anders sein Gewerbe betreibt, darnach zu forschen, ist der Dritte nicht verpflichtet [22]).

Eine Erkundigungspflicht endlich, ob die gesetzlichen Grenzen der Handlungsvollmacht, wie solche sich nach der Natur der ertheilten Vollmacht an sich und nach der Beschaffenheit des Gewerbebetriebes des Prinzipals bemißt, nicht etwa durch spezielle Verbeinbarungen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem eingeschränkt sind, liegt dem Dritten in keiner Weise ob.

c) Ist die Vollmacht im Gesetze nicht näher ihrem Inhalte nach bestimmt, so entscheidet die spezielle Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Bevollmächtigten. In dieser Hinsicht tritt dann dieselbe Erkundig-

---

19) Die Frage, was gewöhnlich im Verkehrsleben von dieser oder jener Art dem Bevollmächtigten zusteht, ist keine durch das konkrete Verhältniß bedingte, weshalb in dieser Hinsicht von einer Erkundigungspflicht nicht gesprochen werden kann. Vgl. dagegen Thöl S. 182 Note a.

20) Auch hier darf aber eine ängstliche Untersuchung, lästiges und gehässiges Mißtrauen dem Dritten nicht zugemuthet werden. Vgl. überhaupt Thöl §. 31b.

21) Wenn ich auch z. B. weiß, daß N. der Reisende des Hauses X. ist, so kann ich doch nur Geschäfte in solchen Artikeln mit demselben machen, welche das Haus führt. Ich kann also durch Bestellung von Genfer Uhren, die der Reisende eines Weingeschäftes annimmt, dieses Haus nicht verpflichten. Vgl. auch die Bemerkungen zu Art. 49.

22) Wenn ich einmal weiß, der Reisende reist für das Weingeschäft X., so brauche ich mich nicht weiter zu erkundigen, welche Weinsorten dasselbe führt; nimmt also der Reisende eine Bestellung auf Champagner an, so muß sie der Prinzipal vollziehen, auch wenn er in Champagner gewöhnlich keine Geschäfte macht.

ungspflicht und derselbe Grundsatz, daß nicht schon die Vorschützung der Vollmacht Seitens des Stellvertreters, sondern nur die Wahrheit entscheidet, ein, welcher oben hinsichtlich der Existenz der Vollmacht aufgestellt wurde.

Da übrigens die Handlungsbevollmächtigung nach Maßgabe des Art. 47 immer einen, wenn auch noch so engen, gesetzlich vermutheten Inhalt hat, so wird dieser dritte Fall regelmäßig nur insoweit eintreten können, als Handlungen in Frage kommen, die über den Kreis der gewöhnlichen und gesetzlich vermutheten Befugnisse hinausgehen.

5) Im Namen des Prinzipals.

Das Geschäft bindet den Prinzipal und berechtigt denselben nur dann, wenn er als Träger des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses erscheint. Dieses Erforderniß ist aber kein formales, sondern ein materielles; es kommt, wie der zweite Absatz des Artikels näher angibt, nicht auf die Form der äußeren Willenserklärung, sondern auf die Absicht, auf die Willensrichtung an. Doch darf das Erforderniß auch nicht zu lax interpretirt werden, insbesondere muß der Ausdruck für, welcher im zweiten Absatze einmal gebraucht wird, richtig aufgefaßt werden.

In dieser Beziehung geht aus dem Gegensatze: „im Namen" hervor, daß unter dem Ausdrucke „für" die Absicht der Stellvertretung im Geschäftsabschlusse gemeint ist. Dieß konnte im Gesetze sehr wohl als Geschäftsabschluß „für den Prinzipal" bezeichnet werden, in der Anwendung auf thatsächliche Fälle, insbesondere beim Kaufe, würde es dagegen nicht genügen [23]).

Für einen Anderen handeln die verschiedensten Personen: der Unter-Käufer oder -Verkäufer, der Mandatar im strengen Sinne [24]), der Kommissionär; selbst derjenige, welcher nur die Absicht hat, die auf eigenen Namen erworbene Waare einem Anderen mit Nutzen wieder zu verkaufen und hierauf mit einiger Bestimmtheit zu rechnen vermag, würde sagen, und bei einem Prozeßeide auch beschwören können, daß er für den Anderen gehandelt habe. Dadurch aber wird dieser Andere noch nicht Prinzipal; auch wenn nicht ausdrücklich auf den Namen des Prinzipals abgeschlossen wurde, wenn lediglich auf die begleitenden Umstände zu sehen ist, muß die Absicht der Parteien dahin gegangen sein, daß der angebliche Prinzipal Herr des Geschäftes sein sollte. Es kommt stets

---

[23]) Vgl. das Erkenntniß des Nürnberger HAG. in der Sammlung Bd. II S. 296.

[24]) Vgl. Laband a. a. O. S. 204.

darauf an, wer z. B. als der eigentliche Käufer oder Verkäufer anzusehen ist [25]).

Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung, ob aus den Umständen angenommen werden müsse, „das Geschäft sei für den angeblichen Prinzipal abgeschlossen", eine vom Richter zu ziehende Schlußfolgerung ist, daß sonach weder die Parteibehauptung noch das Beweisinterlokut (wo solches nach dem Prozeßgesetze noch vorkommt) mit obiger Aufstellung sich begnügen kann, daß vielmehr die Partheien jene thatsächlichen Umstände dem Richter, (und zwar, wo das Verfahren in einen Schriftenwechsel (Vorverfahren) und in die Beweiserhebung sich theilt, schon im ersteren) vorgetragen und zum Beweise ausgesetzt werden müssen, und daß es nicht angeht, diese thatsächlichen Verhältnisse erst seinerzeit im Beweisstadium nachzutragen [26]).

Welche Umstände nun als solche anzusehen seien, um daraus die Absicht eines Stellvertretungsgeschäftes zu folgern, ist Thatfrage [27]). Im Allgemeinen darf man (mit Rücksicht auf Art. 56) annehmen, daß, wenn dem Gegenkontrahenten die Prokura oder die Handlungsvollmacht des Handelnden bekannt war, der Vertrag für den Prinzipal geschlossen werden sollte, soferne nicht die Natur des Geschäftes dem entgegensteht [28]). Ferner wird ein großes Gewicht darauf zu legen sein, wie das Geschäft abgewickelt worden ist; hat der später als Kontrahent Auftretende erfüllt [29]),

---

[25]) Dieß wird bei manchen Vollmachten besonders für die Dispositionsstellung wichtig. Hat z. B. der A. zwar mit der Absicht gehandelt, die Waare sofort dem B. abzulassen, und ist dieselbe auch sofort an diesen übergegangen, es war aber der A. wirklicher Käufer, so kann auch nur er, nicht B., dem Verkäufer zur Disposition stellen.

[26]) Klagen, in denen es heißt: „der Vertrag wurde auf den Namen, jedenfalls aber nach allen Umständen für den Prinzipal geschlossen", sollten sofort verworfen werden.

[27]) Es muß bei allen nachfolgenden Beispielen im Auge behalten werden, daß eine Bezeichnung des Kontrahenten fehlt; aber auch wenn der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigter sich nennt, ist darin noch kein Gegenbeweis zu finden.

[28]) Vgl. Erkenntniß des OAG. zu Lübeck in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 597: „Es ist auch da, wo der Reiseaufwand schließlich von dem Prinzipal zu tragen ist, doch immer davon auszugehen, daß die von dem Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten u. s. w. zum Behufe seines Unterkommens, Lebensunterhaltes, Fortschaffung u. s. w. eingegangenen Verträge an sich nur solche, welche der Reisende für seine Rechnung schließt und die daraus entstandenen Verbindlichkeiten rein persönliche Schulden desselben sind."

[29]) Vorausgesetzt, daß nicht die Erfüllung für den Anderen oder ohne weitere

und diese Erfüllung ist vom Gegenkontrahenten ohne Einspruch angenommen worden, so wird ein Schluß auf die Absicht der Parteien, daß jener von vornherein der Kontrahent sein sollte, allerdings gerechtfertigt sein.

Unter die erstere Kategorie gehören auch die häufig vorkommenden Fälle, in denen ein Geschäft auf den Namen des A. von B. betrieben wird und die von B. geschlossenen Geschäfte nachträglich von A. nicht als für ihn bindend anerkannt werden, weil B. nicht Handlungsbevollmächtigter, sondern wahrer Geschäftsinhaber gewesen sei [30]).

6) Berechtigt und verpflichtet.

Das Handelsgesetzbuch hat lediglich die abstrakte Wirkung des Geschäftsabschlusses durch einen Stellvertreter festgesetzt [31]), dagegen die innere rechtliche Ursache dieser Wirkung nicht theoretisch bezeichnet. Es ist dadurch die bekannte Kontroverse unberührt geblieben, welchen Einfluß die Person des Stellvertreters und die Qualität seines Willens auf das Geschäft und dessen Gültigkeit ausüben.

Nach der oben entwickelten Ansicht ist nun einerseits zu erwägen, daß Herr des Geschäftes, Subjekt des dadurch entstandenen Rechtsverhältnisses der Prinzipal ist; hieraus folgt, daß, so weit es auf Qualitäten der Person, auf die Beschaffenheit des Subjektes der Obligation ankommt, lediglich die Person des Prinzipals entscheidet.

Ist der Prinzipal volljährig, der Stellvertreter minderjährig, so ist das Geschäft, weil der Volljährige Geschäftsherr ist, gültig; ist der Stellvertreter im Vollbesitze der Handlungsfähigkeit, der Prinzipal aber unter

---

Erklärung, daß man als Kontrahent erfülle, geschah. Wenn dagegen z. B. ein Verkauf von A. ohne Nennung eines anderen Kontrahenten abgeschlossen wurde, B. denselben erfüllt und die Faktura auf eigenen Namen stellt und C. diese ohne Erinnerung annimmt, so kann wohl der Absicht der Parteien nach B. als Verkäufer angesehen werden. Entgegengesetzter Ansicht das Erk. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 615.

[30]) Ein interessanter derartiger Fall ist ausführlich dargelegt von Herz in Busch Archiv Bd. IV S. 239 ff.

[31]) Ueber die Frage, ob der Prinzipal an den von dem Stellvertreter für ihn vereinnahmten Geldern Eigenthum erwerbe vgl. Busch Archiv Bd. V S. 247. Der a. a. O. Bd. IV S. 338 abgedruckte Fall behandelt den Ankauf durch einen Beauftragten im eigenen Namen, gehört also nicht in die Lehre von der Stellvertretung.

Kuratel oder Vermögenssperre [32]), so hat das dispositionsunfähige Rechtssubjekt keine Obligation überkommen [33]).

Anderseits wird in Betracht zu ziehen sein, daß der Stellvertreter nicht Instrument, sondern Organ des Prinzipals ist, daß nicht der Prinzipal, sondern der Stellvertreter handelt. Hieraus folgt, daß, soweit es auf die Qualität der Handlung, auf die Beschaffenheit des der Handlung zu Grunde liegenden Willens ankommt, lediglich auf den Stellvertreter zu sehen ist [34]).

Ist der Stellvertreter willensunfähig oder hat er willensunfähig gehandelt, so ist der Vertrag ungültig, bezüglich anfechtbar.

Auch Irrthum, Zwang und Betrug richten sich nach der Person des Stellvertreters. Wenn der Prokurist eine Waare empfängt, weil er sie irrthümlich für Kaufmannsgut hält, so kann der Prinzipal zwar hiergegen Nichts einwenden, aber nur weil er es eben auch dann nicht könnte, wenn er sich selbst geirrt hätte. Allein wenn der Reisende dem Kunden eine irrige Berechnung ertheilt und nach dieser das Geschäft ordnet, so kann der Prinzipal des Irrthumes halber die Abrechnung anfechten. Wird der Kassier bei Annahme einer Zahlung betrogen, so ist der Prinzipal betrogen; hat der Ladendiener einen Kunden beim Verkaufe von Waaren betrüglich übervortheilt, so ist dem Prinzipal gegenüber das Geschäft anfechtbar.

7) Die Bedeutung des dritten Absatzes in Bezug darauf, daß der Prinzipal nicht ex jure cesso, sondern aus eigenem, in seiner Person sofort erzeugten Rechte berechtigt und verpflichtet ist, wurde schon oben erwähnt. Eine weitere Anwendung des Satzes wird bei Art. 55 erörtert werden, die Folge nemlich daß der Dritte, wenn die Stellvertretung vom

---

[32]) Vorausgesetzt, daß nicht etwa der Stellvertreter vom Kurator oder vom Gerichte ernannt ist.

[33]) Eben deshalb kann sich auch die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliege, nur nach der Person des Prinzipals entscheiden. Nimmt der Bauer A. für den Krämer B. ein Darlehen auf und unterzeichnet als des B. Stellvertreter den Schuldschein, so liegt nach Art. 274 in dem Darlehen ein Handelsgeschäft vor; nicht aber im umgekehrten Falle.

[34]) Was die Form der Geschäfte betrifft, so macht Laband a. a. O. S. 227 Note 64 mit Recht darauf aufmerksam, daß diese Frage im Gebiete des Handelsrechtes unpraktisch ist. Insoweit für die Handelsfrau etwa bei Bürgschaften noch eine Ausnahme zu machen wäre, so würde die Form nach den für die Prinzipalin gegebenen Vorschriften zu wählen seien.

Prinzipal anerkannt wird, sich niemals, auch nicht, wenn es ihm vortheilhafter wäre, an den Stellvertreter halten kann [35]).

Natürlich ist jedoch die Wirkung für den Stellvertreter nur dann ausgeschlossen, wenn sowohl im Namen als mit Vollmacht des Prinzipals gehandelt wurde, weil anderenfalls die Bestimmung des Art. 55 eintritt.

Art. 53.

Der Prokurist oder der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura oder Handlungsvollmacht auf einen Anderen nicht übertragen.

Pr. E. Art 47. I. E. Art. 50. II. E. Art. 51. Prot. S. 87, 959, 1425.

Die Frage, in wie weit der Prokurist zum Vollzuge der ihm übertragenen Geschäfte sich der Mittelspersonen bedienen könne, ist bereits oben bei Art. 42 erörtert worden; der vorstehende Artikel aber behandelt die Uebertragung der Prokura und Handlungsvollmacht als solche.

Daß diese Uebertragung unmöglich ist, ergibt sich aus dem Begriffe [1]); denn die Ermächtigung, meine Person zu vertreten, kann immer nur von mir selbst ausgehen, weil Niemand über die Persönlichkeit eines Anderen rechtliche Macht und Verfügung haben kann. Tritt freilich die Einwilligung des Prinzipals hinzu, so wird durch diesen Willen die Stellvertretung möglich.

Der Artikel will aber nicht blos diesen naturgemäßen Satz aussprechen, sondern nach der allgemeinen Fassung nicht blos die Aufstellung von Stellvertretern durch den Prokuristen und durch die Handlungsbevollmächtigten für den Prinzipal, sondern auch die Aufstellung von Stellvertretern des Prokuristen und der Handlungsbevollmächtigten ausschließen.

---

[35]) Z. B. der Prokurist eines falliten Kaufmannes besitzt eigenes Vermögen.

[1]) Es ist deshalb eine unrichtige Auffassung, wenn die Preuß. Motive S. 31 die Unübertragbarkeit der Prokura nur deshalb behaupten, weil sie Sache eines ganz besonderen Vertrauens ist.

Daß der Prokurist Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigte für sich und für den Prinzipal beiziehen darf, ist schon bei Art. 42 ausgeführt worden. Die Aufstellung eines Prokuristen aber ist ihm der Natur der Sache nach unmöglich; denn nachdem die Prokura Uebertragung der Repräsentation einer kaufmännischen Persönlichkeit ist, setzt dieselbe eine solche Persönlichkeit, das heißt die Inhaberschaft einer Firma voraus. Wer keine Firma hat, kann faktisch keine Prokura ertheilen, weil ein Objekt derselben nicht vorhanden ist. Der Prokurist hat als solcher keine kaufmännische Persönlichkeit, sondern er vertritt die eines Anderen; er könnte also niemals die Repräsentation einer Persönlichkeit, welche er gar nicht hat, einem Anderen übertragen; vielmehr könnte es sich immer nur fragen, ob er nicht einen Substituten mit derjenigen allgemeinen Ermächtigung aufstellen dürfe, welche die Prokura in sich schließt, was aber immerhin von „Uebertragung einer Prokura" wesentlich verschieden wäre. Allein auch diese Befugniß will ihm das Gesetz nicht gewähren, weil solches weder nothwendig noch zweckmäßig sein würde.

Hinsichtlich der Handlungsbevollmächtigten geht das Gesetz einen Schritt weiter; es verbietet diesen Stellvertretern allgemein, sich ihrerseits eines Stellvertreters zu bedienen; sie sollen verpflichtet sein, die übernommene Repräsentation des Prinzipals selbst und ohne Zuziehung fremder Beihülfe durchzuführen.

Art. 54.

Die Prokura oder Handlungsvollmacht ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse.

Der Tod des Prinzipals hat das Erlöschen der Prokura oder Handlungsvollmacht nicht zur Folge.

Pr. E. Art. 48. I. E. Art. 51. II. E. Art. 52. Prot. S. 87.

1) Die Vertretung des Prinzipals nach Außen hängt von der ertheilten Vollmacht ab. Nun gibt es aber kein Recht auf Bevollmächtigtsein, das

Mandat ist seiner inneren Natur nach in jedem Augenblicke widerruflich [1]). Da jedoch bei dem Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch das Dienstverhältniß in Betracht kommt, so hat das Handelsgesetzbuch das Getrenntsein dieser beiden Momente besonders hervorzuheben für nöthig erachtet. Und zwar hat der Art. 54 eine doppelte Richtung, indem er einmal festsetzt, daß der Prinzipal durch seine aus dem Dienstvertrage entspringenden Verpflichtungen nicht verhindert ist, den Auftrag zur Repräsentation stets zu widerrufen und andererseits, daß der Repräsentant durch das Aufhören der Vollmacht zur Vertretung nach Außen die ihm aus seinem Dienstvertrage [2]) zustehenden Ansprüche nicht verliert [3]).

Wenn daher der Prinzipal seinem Disponenten, dem er Prokura ertheilt hatte, kündigt und ihm die Prokura entzieht, so wirkt diese Entziehung augenblicklich, die Kündigung dagegen erst nach dem Ablaufe der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Frist. Der Betreffende hört sofort auf Prokurist zu sein, er bleibt aber noch Disponent; er kann keinerlei Repräsentationshandlung mehr vornehmen, aber er behält seinen Anspruch auf Salair, und muß im Geschäfte nach wie vor diejenigen Dienste leisten, welche von ihm nach der Natur seiner Stellung verlangt werden können. Hieran ändert der Umstand nichts, daß die Stellvertretung auf eine bestimmte Zeit (oder auf Lebenszeit) [4]) zugesagt gewesen wäre; denn eine solche Zusage erzeugt nur eine Wirkung unter den Vertragschließenden, nicht aber gegen Dritte, gegen diese kann der Prinzipal durch ordnungsmäßigen Widerruf die Wirkung stets aufheben. Da aber eine Stellvertretung eben nur in ihrer Wirkung gegenüber Dritten besteht, so ist mit dem Ausschlusse dieser Wirkung eben die Stellvertretung selbst aufgehoben. Es kann jedoch, eben weil

---

[1]) Der Unterschied zwischen der unverfolgbaren mandati obligatio und den klagbaren mandati obligationes ist trefflich entwickelt von Brinz, Pandekten Bd. I S. 464.

[2]) Vgl. das Erk. in Busch Archiv Bd. V S. 356.

[3]) Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß, falls der Widerruf der Vollmacht durch Verschulden des bevollmächtigten Handlungsgehülfen erfolgt, er auch seine Ansprüche aus dem Dienstvertrage verlieren kann; aber dann ist der Verlust doch nicht Folge des Widerrufes der Prokura oder Vollmacht, sondern des Verschuldens.

[4]) Vgl. Prot. S. 87.

es kein Recht zur Stellvertretung gibt, nicht auf Einräumung derselben geklagt werden, und es könnte sich daher nur fragen, ob nicht unter Umständen eine Klage auf Schadensersatz begründet ist [5]). Wenn A. dem B. auf seine Lebenszeit Prokura überträgt, so ist kraft des Gesetzes diese Zeitbestimmung als nicht beigefügt zu erachten; denn wenn auch bei Streichung der desfallsigen Bestimmung des Art. 48 des Pr. E., wie die Protokolle ausweisen (S. 87), nur von der Unzulässigkeit der Wirkung einer solchen Stipulation gegen Dritte gesprochen wurde, so ist doch im Gesetze nunmehr ganz allgemein und unbeschränkt die jederzeitige Widerruflichkeit der Prokuren und der Handlungsvollmachten ausgesprochen, und diese Bestimmung ist als in der Natur der Sache liegend zu erachten.

In wie ferne der Widerruf gegen Dritte faktisch von Wirkung ist, erhält bei Art. 52 und 55 seine Erläuterung.

Daß der Prokurist sowohl als der Handlungsbevollmächtigte jederzeit seine Stellvertretung aufgeben kann, folgt gleichfalls aus den allgemeinen Grundsätzen. Insoweit aber die Bevollmächtigung durch das Dienstverhältniß an und für sich eintritt, z. B. beim Reisenden, Kassier, Ladendiener, oder insoferne die Repräsentation als Dienstleistung übernommen wurde, kann natürlich eine unbeschränkte Freiheit des Rücktrittes nicht angenommen werden, sondern es treten eben die Bestimmungen über vorzeitiges Verlassen des Dienstes ein.

2) Der Tod des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten endigt das Repräsentationsverhältniß. Die Ermächtigung zur Stellvertretung

---

[5]) Ein solcher Schaden kann ein rein persönlicher Nachtheil am kaufmännischen Rufe sein, er kann aber auch von vermögensrechtlicher Bedeutung werden. Wenn der Kaufmann A. seinem Neffen B. plötzlich die Prokura entzieht, sonst aber ihn in seiner Stellung im Geschäfte beläßt, so wird dadurch vielleicht die Meinung erregt, der Neffe müsse etwas Bedeutendes verschuldet haben; allein deshalb läßt sich nicht wohl klagen. Denke man sich dagegen den Fall, daß zwei Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft leben; die Frau hat das Vermögen zugebracht, der Mann spekulirt schlecht. Nun kommen die Eheleute und die Verwandten der Frau überein, der Mann solle dem Bruder der Ehefrau Prokura ertheilen und sich jeder Einmischung in das Geschäft enthalten. Hier würde ein plötzlicher Widerruf der dem Schwager ertheilten Prokura durch den Mann allerdings ein Vermögensrecht der Frau beeinträchtigen.

ruht auf dem persönlichen Vertrauen zu demjenigen, welchem man die Ermächtigung gibt, und überträgt sich nicht von selbst auf die Erben[6]).

Dagegen ergibt sich für den Tod des Prinzipals wenigstens rücksichtlich der Prokura sofort das Gegentheil[7]), wenn man die Prokura in ihrer eigentlichen Bedeutung „Repräsentation der kaufmännischen Persönlichkeit, Stellvertretung des Firmainhabers" auffaßt. Denn diese kaufmännische Persönlichkeit, die Firma, erlischt noch nicht durch den Tod des jeweiligen Inhabers[8]). Ja es folgt aus dieser rechtlichen Natur des Verhältnisses die Unmöglichkeit, die Prokura auf die Lebensdauer des Prinzipals zu stellen, weshalb denn eine solche Klausel als unwirksam und nicht vorhanden angesehen werden muß.

Wann die Erben des Prinzipals das Recht erlangen, die Prokura ihrerseits zu widerrufen, hängt von den Bestimmungen des Civilrechtes ab.

Hinsichtlich der Handlungsvollmacht ist dem Begriffe nach der im Gesetze aufgenommene Satz nicht so klar, wie hinsichtlich der Prokura, aber im Interesse des Verkehres wie des Geschäftes, für welches der Handlungsbevollmächtigte aufgestellt ist, nicht minder erforderlich. Jedoch besteht eine Kontroverse, ob für Handlungsvollmachten auch jener für die Prokuren maßgebende Satz Geltung habe, daß dieselben selbst nicht ausdrücklich auf die Lebensdauer des Prinzipals beschränkt werden können[9]).

Es möchte praktischer gewesen sein, auch bei der Handlungsvollmacht die Beschränkung auf die Lebensdauer für unzulässig zu erklären; allein im Hinblicke auf Art. 297 ist dieß wohl als die Ansicht des Gesetzgebers nicht an-

---

[6]) Diesen kann unter Umständen die Pflicht obliegen, für momentane Fortsetzung der Geschäfte zu sorgen, wenn der Prinzipal abwesend und Gefahr im Verzug ist.

[7]) Da, wo Handelsregister bestanden, hat man schon vor Erscheinen des a. d. HGB. die Erlöschung der Prokura durch den Tod nicht angenommen. Vgl. das Erk. des österr. obersten Gerichtshofes in Kletke Präjudizien I. Forts. Nr. 777.

[8]) Endemann S. 136 Note 34 erklärt gleichfalls die Bestimmung als Folge des Umstandes, daß der Prokurist dem Geschäfte, nicht der Person des Prinzipals, dient. Vgl. auch die Entwickelung des Satzes bei v. Hahn S. 145 §. 5.

[9]) Für die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung v. Kräwel S. 70. v. Hahn S. 146 ff. Endemann S. 142. Thöl S. 201. Dagegen Busch Archiv Bd. I S. 71.

zusehen, vielmehr muß angenommen werden, daß der Artikel für den Fortbestand der Bevollmächtigung nach dem Tode des Prinzipals nur eine Vermuthung aufstellen wollte, welche durch eine entgegengesetzte Willenserklärung oder auch durch die Umstände entkräftet werden kann[10]).

3) Verschieden vom Tode des Kaufmannes ist die Endigung der kaufmännischen Persönlichkeit. Wie die erstere Thatsache auf die kaufmännische Repräsentation ohne Einfluß ist, so wirkt umgekehrt die zweite absolut als Endigungsgrund für Prokura und Handlungsvollmacht[11]). Es ist undenkbar, daß eine Firma, welche nicht mehr besteht, eine kaufmännische Persönlichkeit, welche erloschen ist, noch durch einen Stellvertreter handeln kann[12]).

Allerdings aber folgt aus der Oeffentlichkeit des Handelsregisters, daß, so lange die Firma und die Prokura noch als bestehend in dem Register eingetragen steht, dies blos faktische Aufgeben eines Handelsetablissements dem Dritten, der in guten Glauben handelt, nicht präjudizirt[13]).

Ist dagegen die Firma gelöscht, der Prokuraeintrag aber (was allerdings nur durch ein Versehen geschehen könnte) noch stehen geblieben, so kann der Dritte sich auf diesen Eintrag gleichwohl nicht mehr berufen.

Ebenso muß andererseits der Nachweis, daß der Dritte das Erloschensein der Firma gekannt habe, genügen, um ihn auch hinsichtlich der Prokura in bösen Glauben zu versetzen.

---

[10]) Das Letztere könnte zweifelhaft scheinen, weil der Art. 48 Abs. 2 des Pr. E. nur die ausdrückliche Beschränkung erwähnt hatte; allein aus den Berathungen des Art. 228 (jetzt 297) geht keineswegs hervor, daß man diese Beschränkung auf die gewöhnlichen Vollmachten übertragen wollte.

[11]) Endemann S. 136.

[12]) Vgl. auch das Hamburger Erkenntniß in Goldschmidt Zeitschrift Bd. VII S. 606 Nr. 57.

[13]) Insoweit ist das Erk. des Berl. Obertribunals bei Kletke N. 10[b] immer noch passend. In einem Erk. des Berliner Obertribunals (Busch Archiv Bd. VII S. 180), welches im Allgemeinen diese Grundsätze anerkennt, ist die fortdauernde Vollmacht zur Abwickelung früherer Geschäfte angenommen.

Art. 55.

Wer ein Handelsgeschäft als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter schließt, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

Pr. E. Art. 45. I. E. Art. 53. II. E. Art. 54. Prot. S. 89 ff., 959 ff., 4662 ff.

1) Wer im Namen eines Anderen handelt, ohne von diesem beauftragt zu sein, dessen Handlungen sind an sich keine rechtserzeugenden; denn für sich, wozu er berechtigt wäre, handelt er nicht, und von Seite des Anderen, für welchen er handelt, ist er nicht berechtigt. Hat nun der Gegenkontrahent die wahre Sachlage gekannt, so entstehen überhaupt keine Rechtsfolgen; war aber der Gegenkontrahent getäuscht und hat er Schaden dadurch erlitten, so haftet der ohne Vollmacht Handelnde aus seinem unbefugten Handeln für allen Schaden. Demjenigen, welcher ohne alle Vollmacht handelt, steht aber auch jener gleich, der seine Vollmacht überschreitet; denn so weit er über die Vollmacht hinausgeht, handelt er eben ohne Vollmacht.

Die Handlung, aus welcher die Verpflichtung des ohne Vollmacht Handelnden zum Schadensersatze entsteht, ist, wie erwähnt, immer nur eine rechtswidrige, kann daher an sich niemals ein Handelsgeschäft sein. „Allein es lag in einem solchen Falle gewöhnlich in der Absicht aller Theile [1]) (jedenfalls in der Absicht des gutgläubigen Gegenkontrahenten), ein nach Handelsrecht zu beurtheilendes Geschäft zu Stande zu bringen. Es würde daher zu offenbaren Ungerechtigkeiten führen, wenn jene Auftragsüberschreitung nicht blos die Person des Verpflichteten, sondern die ganze Natur des Geschäftes derart ändern sollte, daß nunmehr ein ganz anderes Recht Anwendung finden müßte, als auf welches bei Eingehung des Geschäftes Rück-

[1]) Motive zum Pr. E. S. 30.

sicht genommen wurde. Insbesondere würde diese Ungerechtigkeit in den Fällen hervortreten, in welchen das Civilrecht zur Gültigkeit des Geschäftes gewisse Formen erfordert, welche von den Parteien nicht beobachtet wurden, weil sie nach Handelsrecht unnöthig sind."

Es war deshalb im Pr. E. Art. 45 die Bestimmung aufgenommen, daß die Rechte, welche gegen den durch Ueberschreitung seines Auftrages beim Abschlusse eines Handelsgeschäftes sich einem Dritten verantwortlich machenden Faktor geltend gemacht werden, nach Handelsrecht zu beurtheilen seien[2]).

2) Die Schadensersatzklage reicht im Handelsverkehre nicht aus, um unbefugten Vertragsabschlüssen wirksam zu begegnen[3]). Dieß zeigt sich am deutlichsten im Wechselverkehre und es hat deshalb die a. d. WO. in Art. 95 bereits den praktisch bedeutsamen Satz aufgestellt: wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichne, ohne dazu Vollmacht zu haben, hafte persönlich als Wechselschuldner.

Denselben Grundsatz adoptirt das Handelsgesetzbuch für alle Handelsgeschäfte, nur läßt dasselbe dem getäuschten Gegenkontrahenten die Wahl, ob er die Kontraktsklage oder die Entschädigungsklage anstellen will[4]). Ferner geht dasselbe in einer Richtung weiter: der Unbefugte haftet nicht blos, wie der Prinzipal gehaftet hätte (Art. 95 der a. d. WO.), sondern als Selbstkontrahent.

Das Gesetz hat lediglich die Entscheidung aufgestellt, die juristische Konstruktion derselben aber nicht gegeben[5]); man kann demnach anneh-

[2]) Diese Anschauung, welche dem Reichshandelsgesetzentwurfe Tit. I Art. 8 entnommen ist, fand zwar bei den Berathungen Gegner (Prot. S. 92), wurde aber doch mit großer Majorität adoptirt. Das preuß. Einf.-Ges. Art. 2 und ebenso das bayer. Art. 63 N. 4 haben übrigens die Entscheidung derartiger Rechtsstreitigkeiten ausdrücklich den Handelsgerichten zugewiesen.

[3]) Solche Entschädigungsforderungen belasten den Getäuschten nicht selten mit schwierigen Liquidationen und Beweisführungen (Prot. S. 92).

[4]) In der Kommission waren auch die Ansichten vertreten: nur die Schadensersatzklage, oder nur die Kontraktsklage zu gestatten. Mit Recht wurde jedoch hervorgehoben, daß keine von beiden allein genüge; wer z. B. dem angeblich Bevollmächtigten für seinen Prinzipal auf längere Zeit ein Darlehen gegeben, dem werde nicht damit gedient sein, daß ihm nun nach Ablauf der Zeit die Darlehensklage gegen den vielleicht Unsicheren zustehe; wer dagegen z. B. eine Waare gekauft hat, um sie vorerst liegen zu lassen und damit in späterer Zeit zu spekuliren, dem liege an der Erfüllung, und er dürfe nicht auf eine vorerst fast unsubstantiirbare Schadensklage verwiesen werden. (Vgl. Prot. S. 960.)

[5]) v. Hahn S. 149 §. 4.

men, die Haftpflicht des als bevollmächtigt sich Gerirenden beruhe darauf, daß an und für sich jede Eingehung des Vertrages den Handelnden verbinde und die Uebermittelung der Rechte und Pflichten auf einen Anderen nur Folge des Stellvertretungsverhältnisses sei, so daß, wenn diese Voraussetzung fehlt, auch die Folge nicht entsteht und die primäre, natürliche Haft des Handelnden eintritt. Man kann aber auch die Haftungspflicht aus einer supponirten Garantie des als bevollmächtigt sich Gerirenden für das Eintreten des angeblichen Vollmachtgebers in die Verbindlichkeit erklären[6]).

Am einfachsten ist wohl, wenn man annimmt, die Haftung des unbefugten Stellvertreters sei eine vom Gesetze als spezielle Folge seiner ungehörigen Handlungsweise festgesetzte. Allein eben weil weder von Rechtswidrigkeit, noch von Strafe die Rede ist, sondern nur die gesetzliche Folge einer bestimmten Thatsache in Frage steht, kommt es auf Entschuldbarkeit oder böswillige Absicht oder grobe Nachlässigkeit auf Seite des unermächtigten Stellvertreters nicht an[7]).

3) Prokurist.

Da die Prokura die Vollmacht zu allen Handelsgeschäften umfaßt und eine Beschränkung nicht leidet, so kann es wohl vorkommen, daß sich Jemand als Prokuristen ausgibt, ohne ein solcher zu sein, nicht aber, daß Jemand als Prokurist seine Prokura überschreitet. Macht er nemlich Geschäfte, zu welchen ihm die Befugniß fehlt, weil sie nicht in den Kreis des Handelsgewerbes fallen, so findet der Art. 55 deshalb keine Anwendung, weil die Voraussetzung fehlt, daß ein Handelsgeschäft geschlossen worden sei; gibt er sich z. B. für berechtigt aus, auch die Grundstücke des Prinzipals belasten oder veräußern zu dürfen, ohne daß ihm diese ausgedehnte Befugniß zusteht, so überschreitet er nicht seine Prokura, sondern die neben der Prokura mögliche Vollmacht.

---

[6]) Für Wechselverpflichtungen läßt sich, wie in dem Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes (Sammlung Bd. I S. 508) angedeutet wird, diese Ansicht aus der formellen Wirkung des Unterzeichnens motiviren; widerlegt werden beide Konstruktionen von Laband a. a. O. S. 233.

[7]) Anderer Ansicht Laband a. a. O. S. 235; allein wenn auch die von demselben scharfsinnig vertheidigte Meinung im gemeinen Rechte wohl begründet sein mag, so macht der Art. 55 doch keinerlei Unterschied; er spricht auch weder von „unbefugt" noch „rechtswidrig", sondern er sagt ganz bestimmt, „wer handelt, ohne Vollmacht zu haben"; es kann also auch nur die nackte Thatsache als Voraussetzung der Haftung behandelt werden.

4) Ueberschreitet.

Die Voraussetzungen, unter welchen eine Vollmachtsüberschreitung stattfinden kann, sind sehr verschiedener Art. Es kann objektiv Unwahres entweder wissentlich oder kulposer Weise oder in entschuldbarem Irrthume angegeben werden; es kann aber auch zwar Wahres behauptet worden sein, dieses aber vom Prinzipal nicht anerkannt oder wenigstens ihm gegenüber nicht bewiesen werden.

Im letzteren Falle liegt materiell zwar eine Vollmachtsüberschreitung nicht vor, formell aber kann der Gegenkontrahent sich an den Vollmachtgeber nicht halten, muß also denjenigen in Anspruch nehmen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat[8]).

Es fragt sich nun aber, wie sich die Beweislast regelt, wenn der Gegenkontrahent den Stellvertreter in Anspruch nimmt, und wie sich überhaupt die Abwickelung in solchen Fällen gestaltet.

Vorerst muß unter allen Umständen derjenige angegangen werden, in dessen Namen das Geschäft geschlossen ist. Anerkennt derselbe die Handlung des Stellvertreters, so hat der Gegenkontrahent kein Recht, den Stellvertreter persönlich in Anspruch zu nehmen[9]). Denn da er von vorneherein keine andere Absicht gehabt hat, als mit demjenigen zu kontrahiren, auf dessen Namen gehandelt wurde, so kann er auch nicht mehr beanspruchen, als diese bestimmte Person zum Schuldner zu haben. Tritt dieses ein, so fehlt jeder Rechtsgrund, sich an den Stellvertreter zu halten[10]).

Insbesondere kann auch der Gegenkontrahent das Rechtsverhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Stellvertreter nicht untersuchen und daraus für sich Vortheile ableiten wollen[11]). Denn ihm gegenüber ist dieses innere Verhältniß ein fremdes; er hat, wie erwähnt, nur mit dem

---

[8]) Der Antrag, die beiden Fälle zu unterscheiden und im ersteren schwerere Folgen eintreten zu lassen, wurde nicht angenommen. Vgl. Prot. S. 960.

[9]) Z. B. weil der Prinzipal insolvent, der Stellvertreter aber in guten Verhältnissen ist.

[10]) Vgl. das Erk. des Nürnberger Handelsappell.-Gerichtes in der Sammlung Bd. II S. 382.

[11]) Z. B. ein Handlungsreisender hat Namens seines Prinzipals einen Wechsel acceptirt; bei Verfall erklärt der Prinzipal, „der Wechsel gehe in Ordnung, werde aber erst künftige Woche bezahlt.“ Nach erhobenem Proteste will sich der Remittent an den Reisenden halten, weil derselbe ohne Spezialvollmacht gehandelt, als Reisender aber zur Wechselausstellung für den Prinzipal keine Ermächtigung gehabt habe.

Prinzipale kontrahiren wollen, wenn also dieser als Kontrahent eintritt, so ist die Abschließung des Geschäftes dem Gegenkontrahenten gegenüber fehlerlos[12]).

Erkennt aber derjenige, in dessen Namen der Stellvertreter das Geschäft abgeschlossen, dasselbe als für ihn bindend, wenn auch nur außergerichtlich, nicht an, so ist der Gegenkontrahent nicht verpflichtet, vorerst einen Rechtsstreit durchzuführen, um den sich Weigernden zur Anerkennung zu zwingen, und zwar um so weniger, als in der Regel die Mittel des Nachweises nicht ihm, sondern nur dem Stellvertreter zu Gebote stehen. Es ist deshalb der Gegenkontrahent berechtigt[13]), sich sofort an den Stellvertreter zu halten und die ihm aus Art. 55 zustehenden Rechte gegen denselben geltend zu machen[14]). Dem Stellvertreter bleibt es dann überlassen, den Beweis seiner Bevollmächtigung zu liefern, und da er regelmäßig dem sich ungegründet weigernden Prinzipal den Streit verkünden wird, so kann das Resultat des Prozesses gegen den Stellvertreter gewöhnlich auch von dem Gegenkontrahenten wider den Prinzipal benützt werden.

Daß in einem solchen Rechtsstreite derjenige, welcher behauptet, nicht im eigenen Namen, sondern im Namen eines Dritten kontrahirt zu haben[15]), den Beweis seiner Behauptung erbringen muß, ist zwar immer noch bestritten[16]); allein die Praxis spricht sich in überwiegender Mehrheit für diese Ansicht aus[17]).

---

12) Es kann deshalb insbesondere auch nicht etwa von Seite des Gegenkontrahenten eingewendet werden, daß die zur Gültigkeit der Vollmacht nöthige besondere Form gefehlt habe.

13) Eine Verpflichtung hiezu besteht allerdings nicht; es hängt also von der Wahl des Gegenkontrahenten ab, ob er sich erst der Klage gegen den Prinzipal bedienen will.

14) Vgl. das Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes in der Sammlung Bd. I S. 509 und die in der Note für das Wechselrecht citirten Autoren.

15) Es ist dieß folgender Fall: A. klagt gegen B. auf Bezahlung von 1000 fl. für gekaufte 10 Centner Hopfen; B. behauptet, es sei allerdings zwischen ihm und A. der fragliche Kauf zu Stande gekommen, allein, wie A. recht gut wisse, habe er, B., nicht für sich, sondern als Stellvertreter des C. gehandelt, dieser sei der Käufer.

16) Für die entgegengesetzte Ansicht ein Erkenntniß des Oberappellgerichtes zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. XII Nr. 27.

17) Vgl. das Erkenntniß des OAG. zu München in den Bl. f. RA. Bd. XXV S. 60 und in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VII S. 611 sowie die S. 613 citirten Erkenntnisse aus Seuffert's Archiv Bd. I N. 193; VIII N. 103; XV Nr. 272.

Steht aber, wie in den oben supponirten Fällen, die äußere Thatsache fest, daß der angebliche Stellvertreter als solcher, das heißt nicht auf eigenen Namen kontrahirt habe, und handelt es sich also lediglich darum, ob die Vorgabe des Stellvertreters, er sei bevollmächtigt gewesen, wahr ist oder nicht, so kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß dann jedenfalls nicht der Gegenkontrahent einen Beweis der Negative zu übernehmen hat, sondern daß dem angeblichen Stellvertreter die Wahrheit der von ihm vorgeschützten Eigenschaft zu erweisen obliegt [18]).

Dieser Nachweis wird entweder durch den Beweis eines die Vollmacht in sich schließenden Verhältnisses zum Prinzipal erbracht werden, indem z. B. der Beklagte darthut, daß er Prokurist, Handlungsbevollmächtigter ist, oder im entscheidenden Momente gewesen ist, und daß die betreffende Handlung in den Kreis der vermöge des Gesetzes einem solchen Handlungsbevollmächtigten zustehenden Befugnisse fällt, oder indem er einen speziellen Auftrag, eine besonders ertheilte Ermächtigung für die betreffende Handlung nachweist.

5) Persönlich.

Die WO. Art. 95 macht den falsus procurator in gleicher Weise haftbar, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde [19]); der Art. 55 hat diese Beschränkung nicht, es haftet also derjenige, welcher ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung seiner Vollmacht gehandelt hat, als wirklicher Kontrahent so, als ob er für sich kontrahirt hätte.

Gesetzt den Fall, A. gibt sich als Prokurist des dem minderjährigen B. gehörigen Bankgeschäftes aus und schließt als solcher ein Handelsgeschäft ab, so haftet er nicht etwa blos, so weit B. als Kontrahent haften würde, sondern vollständig für seine eigene Person. Ein solcher unbeauftragt Handelnder kann insbesondere selbst dann der Personalhaft unterworfen werden, wenn sein angeblicher Auftraggeber von dieser Exekutionsart befreit wäre [20]).

Anderseits haftet er eben deshalb, wenn seine Persönlichkeit vertragsunfähig ist, auch dann nicht, wenn sein angeblicher Vollmachtgeber gehaftet haben würde [21]).

---

[18]) Vgl. Laband a. a. O. S. 214 Note 51.

[19]) Dieselbe Fassung war bei den Berathungen (Prot. S. 89) adoptirt worden, vgl. Beil.-Bd. S. 151 Note.

[20]) Prot. S. 961.

[21]) In dieser Hinsicht ist demnach der falsus procurator nach Art. 55 des a. d. HGB. besser gestellt, als jener des Art. 95 der a. d. WO. Ob man bei der

Wenn der minderjährige A. Namens des Handlungshauses X. als angeblicher Handlungsreisender eine Entschädigung von 1000 fl. wegen nichtrechtzeitiger Ausführung einer vom Hause X. übernommenen Lieferung zusichert, so ist er zwar persönlich verhaftet; da er aber für seine Person aus einem derartigen Geschäfte nur eine naturalis obligatio überkommt, so kann gegen ihn nicht geklagt werden.

In wie weit der Satz malitia supplet aetatem hier eingreift, ist nach den Civilgesetzen zu beurtheilen.

6) Verhaftet.

Der ohne Vollmacht für einen Anderen Handelnde ist vom Gesetze nur für verhaftet, nicht auch für berechtigt erklärt. Er kann daher wohl mit Einverständniß des Gegenkontrahenten die Vertragsrechte für sich in Anspruch nehmen; wenn aber der Gegner dieß nicht thut, also nicht mittelst einer nachträglichen Willenserklärung den eingegangenen Vertrag in seinem Personalbestande verändert, so hat der falsus procurator gar keine Rechte, sondern nur Pflichten.

Jedoch ist dieß nicht in der Weise aufzufassen, als ob der Gegenkontrahent seinerseits nur die Leistung verlangen könnte, ohne Gegenleistung zu bieten. Wählt derselbe die Erfüllung, so muß er seinerseits alles Versprochene leisten; klagt er auf Schadensersatz, so muß bei der Berechnung des Schadens der Werth der Gegenleistung in Berechnung gezogen werden.

7) Wahl.

Diese Wahl wird natürlich durch die nachfolgende Genehmigung des Prinzipals ausgeschlossen. Wenn der im Sortimentsgeschäfte als Handlungsbevollmächtigter angestellte Kommis Namens seines Prinzipals ein Werk in Verlag nimmt, und der Prinzipal, hiervon in Kenntniß gesetzt, solches genehmigt, so kann nicht etwa der Schriftsteller, weil der Bevollmächtigte damals, als der Vertrag geschlossen wurde, nicht bevollmächtigt gewesen ist, vom Vertrage zurücktreten. Dieß ist auch beim Nicht-Prokuristen anzunehmen; denn wenn auch derjenige, welcher als Prokurist gehandelt hat, ohne Prokura zu haben, durch nachträgliche Genehmigung nicht zum Prokuristen, auch nicht für diesen Fall werden kann, so enthält doch an sich

---

Redaktionsveränderung diese Folgen beabsichtigt hat, möchte übrigens zu bezweifeln sein; es läßt sich sehr wohl auch eine Auslegung des Art. 55 dahin denken, daß der angeblich Bevollmächtigte unter allen Umständen nach Handelsrecht haften soll, so daß ihn der Gegenkontrahent ohne Rücksicht auf seine persönliche Dispositionsfähigkeit auf Erfüllung belangen kann.

die Prokura auch eine allgemeine Handelsvollmacht, und wenn in diesem Falle die Genehmigung des Prinzipals hinzukommt, so kann im Hinblicke auf Art. 278 des a. d. HGB. aus dem Worte „Prokurist" kein Gegenargument hergeleitet werden [22]).

Ob die Wahl, wie überhaupt die Entschädigungsforderung, von einer Streitverkündigung an den unermächtigten Stellvertreter im Prozesse gegen den angeblichen Prinzipal abhängt, ist nach den Prozeßgesetzen zu entscheiden [23]).

Nothwendig dürfte sie nach den wenigsten Gesetzgebungen sein, dagegen praktisch, wenn man trotz der desfallsigen Einrede den Streit gegen den Prinzipal fortsetzt und nicht sofort gegen den angeblich Bevollmächtigten vorgeht.

8) Erfüllung verlangen.

Der Gegenkontrahent hat die Wahl, ob er vom Vertrage abgehen und Schadensersatz begehren, oder ob er den Vertrag als mit dem Nichtbevollmächtigten persönlich geschlossen ansehen und Erfüllung begehren will. Schon hieraus, wie oben erörtert worden, ergibt sich, daß der falsus procurator niemals die Erfüllung erzwingen kann. Gesetzt den Fall, A. hat, sich als Prokuraträger der Tabakfabrik Schwarz u. Cpie. ausgebend, dem B. eine Quantität Tabak abgekauft; die Waare steigt erheblich im Preise, allein B. hat inzwischen erfahren, daß A. gar nicht Prokurist bei Schwarz u.

---

22) Z. B.: A. schließt, wissend, daß B. ihm am 1. Mai 1866 Prokura ertheilen werde, am 24. April 1866 mit C. einen Vertrag auf Lieferung von 100 Ballen Kaffee ab. B. ertheilt auch am 1. Mai die Prokura und genehmigt ausdrücklich das Kaffeelieferungsgeschäft. Hier kann C. allerdings immer noch behaupten, A. habe als Prokurist gehandelt, ohne dies gewesen zu sein; denn die Prokuraertheilung vom 1. Mai kann ihn nicht rückwärts am 24. April zum Prokuristen machen. Allein immerhin hat A., indem er als „Prokurist" handelte, zugleich seine Absicht kundgegeben, überhaupt als Handlungsbevollmächtigter des B. zu handeln, und C. kann offenbar kein rechtliches Interesse haben, nicht mit einem Stellvertreter des B. überhaupt, sondern gerade mit einem Prokuristen zu handeln. Demnach heilt die nachträgliche Genehmigung des B. jedenfalls den Mangel der Vollmacht und muß zur Aufrechthaltung des Geschäftes genügen. Vgl. die Nassauischen Erkenntnisse in Busch Archiv Bd. IV S. 450.

23) Dieß wird besonders für die Fälle wichtig, wenn ein Kaufmann, der unter Art. 10 des a. d. HGB. fällt, einen Prokuristen bestellt. Vgl. Busch Archiv Bd. I S. 41 und Bd. III S. 169.

Cpie. ist. Hier kann nicht A. in das Geschäft als Selbstkontrahent eintreten; vielmehr hat nur B. die Wahl, ob er Erfüllung verlangen will; wählt er diese Modalität nicht, so hebt er den Vertrag als nichtgeschlossen auf, wobei natürlich in dem gegebenen Falle, da ein Schaden für ihn nicht entstanden ist, eine Entschädigung nicht gefordert werden kann.

Allerdings ist die Alternative des vom „Vertrage-Abgehens" im Art. 55 nicht ausdrücklich enthalten, allein in dem Mehreren ist nothwendig auch das Mindere enthalten und es würde offenbar unlogisch sein, eine Klage auf Schadensersatz zu statuiren, wo gar kein Schaden eingetreten ist.

9) Bei dem Mangel einer Vollmacht überhaupt versteht es sich von selbst, daß derjenige, in dessen Namen das Geschäft abgeschlossen wurde, wenn er dasselbe als für ihn gültig anerkennen will, die Vollmacht durch nachfolgende Genehmigung ersetzen muß, und zwar, da die Vollmacht dem Dritten gegenüber als ein Ganzes erscheint, durch eine Genehmigung im Umfange der ganzen usurpirten Vollmacht. Wenn aber eine Vollmacht wirklich ertheilt war, so bewirkt das, was gemäß der Vollmacht geschehen, in Folge des Art. 52 eine unmittelbare Verpflichtung und Berechtigung des Prinzipals; das dagegen, was über die Vollmacht hinaus geschehen, verpflichtet und berechtigt den Prinzipal nicht. Deshalb hatte der Entwurf erster und zweiter Lesung in Art. 53 und 54 das Wort insoweit eingeschaltet.

Allein mit Recht sind vom praktischen und theoretischen Standpunkte aus gegen diesen Satz[24]) erhebliche Bedenken erhoben worden, indem sich der in gutem Glauben befindliche Gegenkontrahent wider seinen Willen nicht auf zwei getrennte Obligationen einzulassen braucht.

Doch wird dieser Satz auf diejenigen Fälle keine Anwendung finden können, wo nur eine solche Ueberschreitung der Vollmacht vorliegt, deren Folge sofort Seitens des Bevollmächtigten beseitigt werden kann und beseitigt wird, worunter namentlich die Fälle der Ueberschreitung der Limita zu zählen sind.

Wenn ein Handlungsbevollmächtigter z. B. bevollmächtigt wäre, Hopfeneinkäufe zu machen, jedoch ihm ein Limitum von 200 fl. per Centner gesetzt wäre, er hätte Hopfen zu 201 fl. angeboten erhalten und in der Meinung, sein Prinzipal werde einen solchen Kauf gewiß billigen, 10 Centner gekauft, der Prinzipal wollte aber nicht ratihabiren, so kann allerdings der Bevollmächtigte durch Zahlung von 10 fl. an den Verkäufer sich der

---

[24]) In der dritten Lesung wurde derselbe sogar als empörende Ungerechtigkeit bezeichnet. (Prot. S. 4663.)

Haftung für das ganze Geschäft entziehen, da einerseits der Verkäufer dasjenige erhält, was ihm gebührt, und andererseits der Prinzipal überhaupt zu nichts Mehrerem verpflichtet wird, als wozu er die Vollmacht ertheilt hat.

Ebenso, wenn etwa ein Disponent, der bevollmächtigt wäre, nicht unter einem Zuschlage von 10% über die Fabrikpreise zu verkaufen, ein größeres Lieferungsgeschäft zu den Fabrikpreisen abgeschlossen hätte, so könnte er sich jeder weiteren Haftung entziehen, indem er dem Fabrikherrn die 10% sofort ersetzt.

Uebrigens ist der Ausdruck überschreiten nur auf die Fälle zu beschränken [25]), in welchen der Vollmachtgeber dem Dritten gegenüber rechtlich gar nicht verpflichtet wird; die Fälle, in welchen der Stellvertreter nur die ihm in Bezug auf die Anwendung seiner Vollmacht gegebenen Instruktionen überschreitet, fallen nicht unter Art. 55, wie dieß oben bei Art. 52 näher erläutert ist.

10) Kannte.

Das Gesetz hat sich des strikten Ausdruckes „kannte" bedient; es hat das „Kennenmüssen" nicht erwähnt. Wenn daher auch im Allgemeinen vermöge der im Handelsverkehre maßgebenden Rücksicht auf die bona fides, auf Treue und Glauben im Geschäftsleben dem Gekannthaben das Kennenmüssen dem Effekte nach gleichgeachtet zu werden pflegt [26]), so kann doch die deutliche Bestimmung des Gesetzes (wie bereits oben S. 388 erwähnt wurde) um so weniger eine ausgedehntere Interpretation erleiden, als in dem analogen Falle des Art. 46 Abs. 1 das wirkliche Gekannthaben gerade den Gegensatz zu dem Kennenmüssen des zweiten Absatzes bildet [27]).

Es kann daher derjenige, welcher keine Prokura besitzt, sowie derjenige, welcher ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung seiner Vollmacht kontrahirte, dem Gegenkontrahenten die Einrede nicht entgegensetzen, daß er das wahre Sachverhältniß hätte kennen müssen, daß es ihm durch sein eigenes Verschulden unbekannt geblieben sei [28]).

Dagegen kann er hinsichtlich des Beweises der Wissenschaft seines Geg-

---

[25]) Vgl. auch das Erk. in Busch Archiv Bd. II S. 127 ff.

[26]) Vgl. das Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes in der Sammlung Bd. II S. 255.

[27]) Im zweiten Absatze ist die Ausdehnung durch die Oeffentlichkeit des Handelsregisters motivirt.

[28]) Es kann dieß um so weniger dem eigentlich Schuldigen erlaubt sein, als es ja nicht einmal dem Prinzipal gestattet ist.

ners allerdings solche Thatsachen benützen, aus denen die Vermuthung hervorgeht, daß dem Kontrahirenden die Wahrheit nicht wohl unbekannt geblieben sein kann. (Vgl. oben S. 114.)

11) Sich mit ihm eingelassen hat.

Das Gesetz erklärt schlechthin den Vertrag für ungiltig, in welchen sich wissentlich ohne Stellvertretungsbefugniß eingelassen wurde. Es wird deshalb auch keine Untersuchung stattfinden können, ob nicht etwa die Absicht der Parteien dahin gegangen sei, das Geschäft solle eigentlich oder doch subsidiär für den nicht bevollmächtigten Stellvertreter gelten; denn dieser Absicht steht die bewußte Stellung des Vertrages auf den Namen des Prinzipals entgegen. Wollen daher die Kontrahenten eine solche Geltung, so müssen sie der Vereinbarung einen desfallsigen Vorbehalt ausdrücklich beifügen.

Art. 56.

Ein Prokurist oder ein zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

Eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Ertheilung der Prokura oder der Vollmacht bekannt war, daß der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.

Uebertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muß sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden.

Pr. E. Art. 46. I. E. Art 54. II. E. Art. 55. Prot. S. 87, 975.

1) Mit der Pflicht eines Prokuristen, seine ganze Sorgfalt dem Handelsbetriebe des Prinzipals zuzuwenden und dessen Interesse wahrzunehmen, würde es unvereinbar sein, wenn ihm gestattet wäre, ohne Erlaubniß des Prinzipals anderweite Handelsgeschäfte zu treiben oder wohl gar dem Prin-

zipal selbst Konkurrenz zu machen[1]). Deshalb hatte schon das Preußische LR. (Th. II Tit. 8 §. 523) dem Faktor verboten, Geschäfte auf eigene Rechnung zu treiben, und das a. d. HGB. dehnt mit Recht aus denselben Gründen das Verbot auch auf den Betrieb von Handelsgeschäften für Rechnung Dritter aus.

Es macht selbstverständlich keinen Unterschied, ob der Prokurist den Handel selbständig oder in Gemeinschaft mit anderen als offener Gesellschafter betreibt; dagegen kann er Mitglied einer Aktiengesellschaft und auch stiller Gesellschafter sein. Auch die Betheiligung an einer Kommanditgesellschaft steht ihm frei, insofern er sich nicht etwa als persönlich haftender Gesellschafter betheiligt[2]).

2) Dem offenen Gesellschafter ist nach Art. 96 nur das selbständige Handeln im Handelszweige der Gesellschaft und die Theilnahme an einer anderen gleichartigen offenen Handelsgesellschaft verboten. Allein der bereits angedeutete Gesichtspunkt, daß der Prokurist seine ganze Thätigkeit dem Geschäfte des Prinzipals zu widmen hat, läßt diese Beschränkung dem Prokuristen gegenüber als unzulässig erscheinen.

Es macht also keinen Unterschied, ob z. B. der Prokurist eines Banquiers offener Gesellschafter eines Bankgeschäftes oder aber einer Verlagsbuchhandlung ist, beides ist ihm gleichmäßig verboten.

3) Die Gründe des bisher erörterten Verbotes erstrecken sich ferner auch auf alle diejenigen Personen, welche zu der besonderen Pflicht verbunden sind, ihre ganze Thätigkeit einem bestimmten Geschäfte zu widmen. Es paßt demnach dieses Verbot wie auf den Prokuristen, so auch auf den zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes Bevollmächtigten, desgleichen auf alle Handlungsgehülfen[3]).

Wer aber nicht vermöge seines Dienstverhältnisses und auch nicht vermöge des Umfanges seines Auftrages zur Leistung seiner Gesammtthätigkeit im Interesse des Prinzipals verpflichtet ist, also der nur zu einzelnen Arten von Geschäften bestellte Handlungsbevollmächtigte, welcher nicht zugleich

---

[1]) Motive zum Pr. E. S. 30.

[2]) Der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte kann deshalb auch stiller Gesellschafter oder Kommanditist seines Prinzipals selbst sein; im letzteren Falle hat er lediglich nach Art. 167 darauf zu achten, daß er stets ausdrücklich als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter handeln muß, widrigenfalls er als offener Gesellschafter persönlich haftet.

[3]) Wegen dieser siehe die Erläuterung zu Art. 59.

Handlungsgehülfe ist, fällt nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Artikels[4]).

Der einfache Handlungsbevollmächtigte und noch mehr der Bevollmächtigte zu einzelnen Handlungen (Art. 297, 298) sind in der Betreibung von anderweitigen Handelsgeschäften für eigene Rechnung oder für Dritte nicht gehindert.

4) Das Preußische Landrecht (Th. II Tit. 8 §. 523) forderte eine ausdrückliche Erlaubniß Seitens des Prinzipals, wenn das Verbot des selbständigen Handelsbetriebes cessiren sollte; zu einer solchen Beschränkung liegt jedoch kein legislativer Grund vor, es muß genügen, wenn die Genehmigung des Prinzipals aus den Umständen deutlich hervorgeht.

Als ein besonderer Fall einer solchen stillschweigenden Genehmigung ist nur der im Abs. 2 bezeichnete hervorgehoben. Allein es darf daraus nicht gefolgert werden, daß eine andere Art der stillschweigenden Genehmigung nicht zulässig wäre; es wird sich insbesondere aus Art. 7 Abs. 2 folgern lassen, daß es als Einwilligung des Prinzipals gilt, wenn der Prokurist oder Generalbevollmächtigte zwar bei Uebertragung der Stellvertretung noch keinen selbständigen Handel betrieben hat, aber denselben später anfängt und mit Wissen und ohne Einspruch des Prinzipals betreibt.

Was das „Bedingen des Aufgebens" eines selbständigen Geschäftsbetriebes anbelangt, so hatte der Pr. E. in Art. 46 ein ausdrückliches Begehren Seitens des Prinzipals verlangt.

Der I. Entwurf blieb hierbei stehen und ein Antrag, das Wort zu streichen, wurde in zweiter Lesung anfänglich verworfen; später wurde aber die jetzige Fassung gewählt[5]).

Obwohl nun hierbei Gründe nicht angeführt wurden, so muß doch angenommen werden, daß es auch zulässig sein soll, wenn der Prinzipal seinen Willen, es müsse der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter den bisherigen Geschäftsbetrieb aufgeben, thatsächlich zu erkennen gibt[6]).

5) Die erste und unmittelbare Folge einer Uebertretung des Verbotes bildet die Pflicht zum Ersatze alles durch die Zuwiderhandlung dem Prin-

---

[4]) Der Pr. E. Art. 50 hatte das Verbot auf alle Handlungsbevollmächtigten erstreckt, weil er eben darunter nur die Handlungsgehülfen verstand. Erst in zweiter Lesung (Prot. S. 957) wurde dieß beseitigt.

[5]) Prot. S. 963, 975.

[6]) Allerdings lassen sich solche konkludente Handlungen schwer denken, aus denen ein Verbot des Fortbetriebes, ohne daß dieses Verbot ausgesprochen würde, zu entnehmen ist.

zipal etwa zugegangenen Schadens. Da aber der Bevollmächtigte, wie ihn der Artikel im Auge hat, eigentlich alle Handelsgeschäfte für den Prinzipal schließen sollte, so liegt in einem nicht für diesen, sondern für eigenen Namen oder für einen Dritten geschehenen Geschäftsabschlusse im Grunde nur eine Ueberschreitung des Auftrages, eine Zuwiderhandlung gegen das Mandat. Es hat deshalb das Gesetz mit Recht die Bestimmung aufgenommen, daß der Prinzipal durch ein nachträgliches Eintreten die Handlung als für ihn geschehen erklären kann[7]).

Die Wirkung einer solchen Erklärung erstreckt sich vor Allem auf den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten selbst; diese sind dadurch verpflichtet, den aus dem verbotwidrigen Geschäfte gezogenen Gewinn dem Prinzipal herauszugeben und hierauf hat der letztere jedenfalls eine Klage[8]).

Allein die Erklärung muß auch gegen den Dritten von Wirkung sein; und zwar liegt diese Wirkung in der Mitte der beiden Ansichten, welche in Wissenschaft und Praxis vertreten sind, und von denen die eine den unmittelbaren Eintritt des Prinzipals in den Vertrag[9]), die andere die Unmöglichkeit dieses Eintrittes behauptet und lediglich ein Forderungsrecht gegen den Stellvertreter auf Cession der Klage[10]) gestatten will.

a) Es wird nemlich vor Allem auf die Wissenschaft des Dritten anzukommen haben; hat derselbe gewußt, daß der mit ihm Handelsgeschäfte Abschließende Prokurist[11]) oder Handelsbevollmächtigter eines Anderen ist, so muß er aus dem Gesetze auch wissen, daß der Prinzipal, wenn er will, das Geschäft als sein eigenes ansehen kann, und wenn er demohngeachtet

---

[7]) Eine analoge Rechtsgestaltung, wie im Römischen Rechte der nothwendige Rechtserwerb der in potestate Stehenden für ihren Gewalthaber. Vgl. hierüber Laband a. a. O. S. 201.

[8]) In den Protokollen S. 87 ist bei Berathung dieses Artikels konstatirt, daß es nicht beabsichtigt sei, dem Prinzipal lediglich eine Klage gegen den Faktor auf Herauszahlung des bezogenen Gewinnes, der von ihm oft nicht beigetrieben werden könnte, zu geben; daß aber die Frage, ob der Prinzipal eine actio utilis gegen den Dritten haben oder zuvor den Prokuristen auf Cession der Klage belangen solle, endlich, binnen welcher Zeit ein solcher Anspruch sollte geltend gemacht werden können, als eine offene, der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassende erachtet werde.

[9]) Hahn Bd. I S. 230, Laband a. a. O. S. 202, dann die Erk. des Dresdener AG. und OAG. in Busch Archiv Bd. II S. 104 und 106. Dann Voigtel ebendas. Bd. V S. 18 mit den dort citirten Schriftstellen.

[10]) Busch im Archiv Bd. I S. 77. Endemann S. 150.

[11]) Hiefür spricht nach erfolgter Eintragung natürlich die Vermuthung.

kontrahirt, so unterwirft er sich stillschweigend der gesetzlichen Folge. Es ist so anzusehen, als überlasse er es der Zukunft, wer sein Gegenkontrahent sein werde, und als erkläre er im Voraus sein Einverständniß, wenn der Prinzipal als solcher eintrete.

Ebendeshalb kann die Ansicht nicht für richtig erachtet werden[12]), daß der Dritte dem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten, auch wenn der Prinzipal Ansprüche nicht erhebt, eine Einrede auf Grund des Art. 56 entgegensetzen könne.

In obigem Falle also ist der Prinzipal berechtigt, sofort gegen den Dritten zu klagen, indem er das von seinem Stellvertreter geschlossene Geschäft als sein eigenes an sich zieht.

b) Hat dagegen der Dritte das bestehende Stellvertretungsverhältniß nicht gekannt, so hängt es allerdings von dem Willen desselben ab, ob er den Prinzipal als Gegenkontrahenten annehmen will oder nicht; denn in diesem Falle ist kein Rechtsgrund gegeben, welcher dahin führen könnte, den in gutem Glauben Handelnden an ein vom Gesetze verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen anderen als den gewollten Gegenkontrahenten aufzunöthigen. Er kann deshalb das Geschäft als ungültig erklären und davon abgehen[13]).

Dagegen kann der Gegenkontrahent, wenn er den Prinzipal, der das Geschäft an sich ziehen will, an Stelle des mit ihm kontrahirt Habenden nicht annehmen will, das Geschäft auch nicht mit dem letzteren aufrecht halten. Denn der Prinzipal hat ein gesetzliches Recht darauf, daß sein Bevollmächtigter wider seinen Willen kein Geschäft auf eigene Rechnung mache, und ein wesentliches Interesse, daß derselbe nicht in Beziehungen bleibe, die er gesetzlich nicht zu dulden braucht. Da nun überdieß die Befugniß des Prinzipals, in die Forderung seines Handlungs-Bevollmächtigten einzutreten, keinenfalls beseitigt werden dürfte, so würde das Geschäft entzweigerissen, Berechtigter wäre der Prinzipal, Verpflichteter der Untergebene, was offenbar unzulässig wäre. Es wird also dem Kontra-

---

12) Anders in den Fällen, in welchen nur ein sog. stiller Stellvertreter handelte, vgl. Voigtel a. a. O. S. 18.

13) Man kann hiergegen nicht einwenden, daß die Abtretung einer Forderung von dem Willen des Gegners nicht abhänge, folglich auch nicht die cessio ex lege Seitens des Bevollmächtigten an den Prinzipal, denn es handelt sich ja nicht um eine bloße Forderungscession, sondern von dem Eintritte in ein ganzes Rechtsverhältniß. Niemandem aber kann ein neuer Schuldner ohne besonderen Rechtsgrund aufgedrängt werden.

henten, welcher, obgleich der Prinzipal das Geschäft zu übernehmen sich bereit erklärt, dennoch den Handlungsbevollmächtigten in Anspruch nimmt, die Einrede des dolus entgegenstehen.

Der obige Satz darf übrigens nicht umgekehrt angewendet werden. Wenn der Prinzipal das Geschäft nicht als für seine Rechnung geschlossen gelten lassen will, so hat der Dritte gegen ihn keinen Anspruch. Denn er hat ja nicht ihn, sondern den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten für dessen Person als Kontrahenten angenommen. Ein solcher Anspruch kann auch nicht wegen Bereicherung des Prinzipals gerechtfertigt erachtet werden[14]); vielmehr bleibt dem Dritten nur übrig, wenn der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte ihn nicht befriedigen kann, aber seinerseits Forderungen gegen den Prinzipal hat[15]), hierauf in prozeßordnungsgemäßer Weise Arrest legen zu lassen.

---

[14]) Ueber diese sog. de in rem verso actio siehe Thöl §. 30 und Brinkmann §. 120 Note 51.

[15]) Es ist dann aber gleichgültig, ob diese Forderungen anläßlich dieses Geschäftes (z. B. weil der Prokurist die gekaufte Waare dem Prinzipal überlassen oder in dessen Geschäft verwendet hat) oder aus irgend einem anderen Grunde (z. B. wegen rückständigen Salairs u. s. w.) entstanden sind.

Sechster Titel.

Von den Handlungsgehülfen [1]).

Thöl §. 32, 43, 45. Auerbach Absch. XI. Endemann §. 25 und 26.

§. 1.

Dem Inhaber der Handelsniederlassung, Chef, Prinzipal (Art. 41) stehen dessen Leute, die Handlungsgehülfen und das Gesinde zur Seite.

Zu den Handlungsgehülfen gehören alle diejenigen Personen, welche in dem Handelsgewerbe kaufmännische Dienste leisten [2]). Dieselben sind entweder im Etablissement gegen Belohnung angestellt (salarirt oder auf Tantiemen angewiesen [3]) oder beides zugleich), oder sie dienen unentgeltlich (als Volontaire) [4]), oder sie zahlen eine Vergütung (z. B. Lehrlinge).

---

[1]) Eines der ältesten Handbücher ist:
J. P. Marperger, getreuer und geschickter Handelsdiener. Nürnberg und Leipzig 1715, dessen naiver Inhalt Thöl's (§. 22 Note 1) hartes Urtheil kaum verdient.

[2]) Hahn S. 158. Jedoch darf das Wort „kaufmännisch" nicht im engsten Sinne genommen werden, vgl. Ziff. 6 zu Art. 57.

[3]) Sog. commis intéressé. Hinsichtlich des Falles, daß einem Gehülfen ein Antheil am Gewinne als Salair gutgeschrieben wird und letzteres im Geschäfte mitarbeitet, kommen die Grundsätze des Buch III Art. 250 ff. von der stillen Gesellschaft zur Anwendung.

[4]) Die Fälle, in denen Descendenten im Geschäfte ihrer Eltern, die Frau im Ge-

Nach der Stellung im Geschäfte unterscheidet man im gewöhnlichen Leben den Disponenten (Prokuraträger, Geschäftsführer), den eigentlichen Kommis (Handlungsdiener) und den Lehrling [5]), nach der Art der Beschäftigung die Buchhalter, Korrespondenten und Kassiere, die Komptoir- und Ladendiener, die Reisenden u. s. w. [6]).

Von diesen in einem Handelsgewerbe vorkommenden Nebenpersonen in ihrem Verhältnisse gegenüber dem Prinzipal handelt der nachstehende Titel; er regelt das Rechtsverhältniß, welches durch den Dienst- oder Lehrvertrag erzeugt wird.

Bestritten ist, ob die Bestimmungen des VI. Titels auch auf Prokuristen anzuwenden seien, das heißt, ob die Prokuristen zu den Handlungsgehülfen im Sinne des a. d. HGB. gehören [7]). So gestellt ist die Frage aber nicht zu beantworten; es kann einer Person Prokura ertheilt sein, die kein Handlungsgehülfe ist, z. B. der Ehefrau, obgleich sie im Uebrigen gar nicht im Geschäfte thätig ist, oder einem Freunde, der für eine bestimmte Zeit die Prokura aus Gefälligkeit übernimmt; es kann aber ebensogut ein Gehülfe zum Prokuraträger bestimmt werden. In diesem letzteren Falle finden auf ihn unzweifelhaft die Bestimmungen dieses Titels insoweit Anwendung, als es sich um das Verhältniß zwischen ihm und dem Prinzipal handelt. Im Allgemeinen darf daher behauptet werden, daß, falls über die Honorirung eines Prokuristen nichts Bestimmtes vereinbart worden sein sollte, derselbe auf ein Salair Anspruch machen kann und dieses nach Art. 57 im Streitfalle nach billigem Ermessen des Richters festzusetzen ist, daß in Ermangelung besonderer Verabredung sechswöchentliche Kündigung und quartalweiser Austritt (Art. 61) u. s. w. auch für den als Prokurist Engagirten gilt [8]).

---

schäfte des Mannes Beihülfe leisten, gehören strenge genommen nicht hieher; vgl. jedoch die Erläuterung 3 zu Art. 57.

[5]) Diese Dreitheilung gibt auch Pöhls a. a. O., eine andere Terminologie gibt v. Hahn S. 114 Note 2.

[6]) Im Seehandel kommen noch weitere Chargen vor z. B. der Cargadeur, vgl. auch Busch Bd. I S. 185 ff.

[7]) Insbesondere weil ein darauf zielender Zusatz verworfen wurde (Prot. 965); vgl. Busch Archiv Bd. I S. 82. Die im Texte vertretene Ansicht ist vom Berliner Obertribunal anerkannt in dem Note 20 citirten Erkenntnisse.

[8]) Daß, wie bereits in Note 7 erwähnt, ein darauf zielender Antrag in zweiter Lesung abgelehnt wurde, geschah nur deshalb, weil in der Regel Verträge dieses Verhältniß regeln würden. Dieß ist auch vollkommen richtig, und es wird höchst ausnahmsweise auf die gesetzlichen Bestimmungen zu rekurriren sein.

§. 2.

Der preußische Entwurf verfolgte ein anderes System, indem er (auf die gemeinrechtliche Theorie vom Institor gestützt) zwischen denjenigen Gehülfen unterschied, welche faktische Beihülfe (durch Arbeit) leisten, und jenen, welche juristische Thätigkeit (durch Rechtsgeschäfte) entwickeln, und die letzteren als Handlungsbevollmächtigte, die ersteren aber als Handlungsgehülfen bezeichnete und beide unter verschiedene Rechtsnormen stellte [9]).

Diese Anschauung ist aber nicht [10]) in das Handelsgesetzbuch übergegangen [11]), vielmehr wird in diesem davon ausgegangen, daß der fünfte Titel das Rechtsverhältniß des Unterpersonales im Verkehre mit Dritten, der sechste Titel hingegen das Verhältniß des Unterpersonales zum Chef des Geschäftes zu regeln bestimmt ist.

§. 3.

Der Vertrag, durch welchen in der Regel [12]) das Rechtsverhältniß zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen begründet wird, bedarf keiner besonderen Form; schriftliche Beurkundung wird jedoch mehr und mehr üblich und von einigermaßen sorgfältigen Kaufleuten nicht leicht unterlassen werden [13]).

Die allgemeinen Grundsätze über Verträge sind ohne Ausnahme auch für den Dienstvertrag maßgebend. Beide Kontrahenten müssen handlungsfähig und dispositionsfähig sein; ist daher z. B. der aufzunehmende Lehrling oder Gehülfe sich zu vertreten nicht befugt, so bedarf es zum gültigen Vertragsabschlusse der Zuziehung des Vaters oder Vormundes [14]). Andererseits kann nur derjenige einen Handlungsgehülfen in das Geschäft aufnehmen oder ihn entlassen [15]), welcher die Firma vertreten darf, demnach ist

---

[9]) Vgl. hiergegen Goldschmidt's treffende Kritik in seiner Zeitschrift Bd. III S. 30.

[10]) Wie z. B. der Berliner Kommentar S. 59 annimmt.

[11]) Vgl. v. Hahn S. 113 ff., ebenso v. Kräwel S. 58 und 59.

[12]) Die Ausnahmen sind schon oben erwähnt, vgl. auch Endemann S. 122 II.

[13]) Vgl. unten Note 16.

[14]) Die Praxis läßt deshalb in Streitigkeiten wegen Lehrlingsverhältnissen ohne Anstand den Vater, Vormund u. s. w. als Kläger und Beklagten selbst in eigenem Namen zu.

[15]) Der Prokurist ist hierzu befugt, vgl. Erläuterungen zu Art 42 Nr. 3.

z. B. ein Gesellschafter, welchem die Geschäfsführung nicht zusteht, hiezu in keiner Weise befugt.

Das Engagement eines Gehülfen, die Aufnahme eines Lehrlings sind auf Seite des Prinzipals Handelsgeschäfte [16]). Denn es läßt sich nicht bestreiten, daß diese Rechtsgeschäfte sich als unentbehrliche Hülfsgeschäfte im Sinne des Art. 273 darstellen, und daß die Aufnahme von Kommis und Lehrlingen Handlungen sind, welche unmittelbar zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören [17]).

Von Seite des Gehülfen dagegen wird die Eingehung eines Engagements in der Regel kein Handelsgeschäft bilden; demungeachtet müssen in Folge des Art. 277 die Bestimmungen des a. d. HGB. über Handelsgeschäfte auf beide Kontrahenten angewendet werden. Da jedoch im Handelsgesetzbuche die den Minderjährigen und Frauen nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zustehenden Rechtswohlthaten zwar in bestimmten Ausnahmsfällen (vgl. in Betreff der Handelsfrauen den Art. 6 und die Erläuterungen hiezu), keineswegs aber im Allgemeinen aufgehoben sind, so kann von Seite solcher Personen da, wo dieß im Rechte überhaupt zulässig ist, auch gegen den Dienstvertrag um Einsetzung in den vorigen Stand u. dgl. nachgesucht werden [18]). Doch wird dieses Recht insbesondere bei Lehrverträgen dann hinwegfallen müssen, wenn diese vom Vater, der Mutter, oder dem Vormunde im eigenen Namen abgeschlossen wurden, wie solches die Regel bildet.

Soweit das Handelsgesetzbuch besondere Bestimmungen nicht getroffen

---

[16]) Eine andere Ansicht hat das Berliner Obertribunal in seinem Erk. vom 14. Januar 1864 (Centralorgan N. F. Bd. I S. 422 und Busch Archiv Bd. VI S. 23) aufgestellt; hingegen folgen der Ansicht des Textes das Erk. des Berliner Stadtgerichtes in Busch Archiv Bd. IX S. 125 und die Ausführung v. Roloff ebend. Bd. VIII S. 21. Vgl. auch das Busch'sche Archiv Bd. III S. 77 u. 366, dann Bd. IV S. 174, woselbst die gleiche Frage hinsichtlich der Aufstellung von Handlungsbevollmächtigten behandelt wird.

[17]) Wenn in den Einführungsgesetzen (Preußen Art. 2 n. 5; Bayern Art. 63 n. 4) die Rechtsverhältnisse zwischen den Kaufleuten und ihren Gehülfen noch ausdrücklich als Handelssachen erklärt werden, so geschieht dieß wohl deshalb, weil diese Rechtsverhältnisse nicht lediglich aus dem Engagementsvertrage, also aus einem Handelsgeschäfte, entstehen, daher auch nicht sämmtlich unter die Nr. 1 jener Artikel fallen würden. Vgl. Lutz Kommentar zum bayr. Einf.-Ges. S. 176.

[18]) Thöl Bd. I §. 49. Endemann S. 119.

hat, sind die bisherigen Gesetze über die Rechtsverhältnisse der Kaufleute zu ihren Gehülfen aufrecht geblieben [19]); insbesondere ist die kürzere Verjährungsfrist für die Klagen wegen des Salairs und sonstiger Ansprüche zu beachten [20]).

§. 4.

Es ist bereits an einem früheren Orte (Erläuterungen zu Titel V S. 308 ff.) der Gang der Handelsgesetzgebung bezüglich der Haftung des Prinzipals aus unerlaubten Handlungen seiner Gehülfen dargestellt, ebendaselbst ist auch das Nähere erörtert, welche rechtliche Folgen für den Vollmachtgeber eintreten, wenn sein Stellvertreter bei Eingehung oder Erfüllung der übertragenen Rechtsgeschäfte den Gegenkontrahenten absichtlich oder fahrlässigerweise beschädigt. Da nun zufolge des Art. 58 Abs. 2 die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte auch auf die Handlungsgehülfen Anwendung finden, soferne sie zur Vornahme von Rechtsgeschäften beauftragt werden, so ist hier lediglich noch die Frage zu behandeln, in wie weit der Prinzipal aus unerlaubten — dolosen oder kulposen — Handlungen seiner Handlungsgehülfen dem Beschädigten dann haftbar wird, wenn die Beschädigung nicht bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes für den Prinzipal geschehen, sondern ein solches Delikt ist, welches außerhalb der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung steht.

Nun ist es nicht zu verkennen, daß das Verhältniß des Prinzipals zu seinen Gehülfen nicht als ein einfaches Mandat aufgefaßt werden kann, daß ferner der Geschäftsinhaber und seine Untergebenen in einer näheren und innigeren Beziehung stehen, als in dem der bloßen Dienstmiethe, daß also auch außerhalb der Stellvertretung in Rechtsgeschäften der Gehülfe für den Prinzipal nicht als ein Fremder erscheint, sondern daß derselbe eben ein Geschäftsangehöriger ist. Hieraus ergibt sich, daß der oben hinsichtlich der Handlungsbevollmächtigten aufgestellte Grundsatz: — für unerlaubte Handlungen außerhalb der Stellvertreturg haftet der Prinzipal nicht — bezüglich der Delikte der Handlungsgehülfen nicht ohne Weiteres maßgebend sein kann.

---

[19]) Im preuß. Einf.-Ges. Art. 61 ist dieß besonders hervorgehoben.

[20]) Preußisches Gesetz vom 31. März 1838 §. 2 n. 3 (Vgl. hiezu das Erkenntniß des Berliner Obertribunales in Goldschmidt Bd. XI S. 141, und Busch Archiv Bd. X S. 315, welches die Klage des Provisors eines Apothekers der kurzen Verjährung unterwirft); Bayerisches Gesetz vom 26. Mai 1859 Art. 3 Nr. 8, vgl. den Völderndorff'schen Kommentar hiezu S. 44.

Die dem Prinzipal obliegende Pflicht der Aufsicht über seine Handlungsgehülfen macht ihn vielmehr auch für diejenige Thätigkeit derselben verantwortlich, welche außerhalb der Sphäre der ihnen übertragenen Rechtsgeschäfte liegt, soferne sie nur überhaupt in dem Dienstverhältnisse ihren Grund hat.

Was nun den Umfang und die Grenzen dieser Verantwortlichkeit betrifft, so hat sich das a. d. HGB. speziell darüber nicht ausgesprochen; es wird deshalb im Allgemeinen bei demjenigen sein Bewenden haben müssen, was die Civilgesetze in dieser Hinsicht bestimmen [21]). Doch darf auch hier das in Art. 282 des a. d HGB. ausgesprochene Prinzip nicht außer Augen gelassen und dem Prinzipal an sich nicht mehr als die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zugemuthet werden. Wenn derselbe in der Auswahl und in der Beaufsichtigung seines Dienstpersonales mit derjenigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt zu Werke gegangen ist, welche den im Verkehre und dem kaufmännischen Leben üblichen Anforderungen entspricht, so trifft ihn jedenfalls keine Verantwortung für diejenigen unerlaubten Handlungen, welche der Gehülfe nicht als Stellvertreter oder Bediensteter des Prinzipals, sondern außerhalb des Dienstverhältnisses für seine eigene Person begangen hat.

Wenn daher der Kassier einen zur Zahlungsempfangnahme oder zur Präsentation eines Wechsels anwesenden Geschäftsfreund oder Notar thätlich angreift, wenn der Ladendiener im Laden oder bei Ueberbringung der Waaren oder der Rechnung einen Kunden oder einen in demselben Hause wohnenden Miether bestiehlt, oder in diesem Hause seine brennende Cigarre wegwirft und dadurch einen Feuerschaden verursacht, wenn der Handlungsreisende einem Konkurrenten bei seinen Abnehmern durch Verläumbung zu schaden sucht [22]), so kann der Prinzipal dann nicht in Anspruch genommen

---

[21]) Das preußische Recht stellt die s. g. Hausoffizianten dem Gesinde (Handwerksgesellen und Lehrjungen) gleich. A. LR. II, 5, §. 186. Allein es ist wiederholt erkannt worden, daß die Handlungsdiener nicht zu den s g. Hausoffizianten, noch weniger zu dem Gesinde gehören. Vgl. Koch, Kommentar zum A. LR. Th. II Tit. 5, Gesindeordnung von 1810, §. 1. Im Grunde ist damit aber nur gesagt, daß die Handlungsdiener nicht unter der Gesindeordnung stehen, und dies kann nicht bezweifelt werden. Verschieden hiervon ist die im Texte aufgeworfene Frage, ob der Geschäftsherr für seine Handlungsgehülfen nicht eine besondere Haft übernehmen müsse. Nach preuß. Recht kommt noch die (unzulängliche) Bestimmung des A. LR. I, 6, §. 53 (culpa in eligendo, aber nur subsidiäre Haft des Auftraggebers) in Betracht. S. Koch zu Art. 65 des HGB.

[22]) Diese Beispiele sind aus Goldschmidt's Gutachten §. 39 entnommen.

werden, wenn derselbe nicht leichtsinniger Weise solche Individuen, von denen man sich derartiger Exzesse wohl versehen konnte, in seinem Geschäfte verwendete, oder wenn er die Delikte nicht etwa zuließ, obwohl er sie verhindern konnte. Ueber solche besondere Umstände liegt dem Beschädigten der Beweis ob.

Dagegen müssen von diesen Fällen, in welchen zwischen der unerlaubten Handlung und dem Dienstverhältnisse ein innerer Zusammenhang nicht besteht, wo die Dienstleistung selbst sich nicht einmal als faktischer Grund der Beschädigung darstellt, sondern letztere nur bei Gelegenheit der ersteren erfolgte, jene Fälle unterschieden werden, in welchen die Dienstleistung als solche den Schaden hervorrief. Denn wenn auch hier von einer rechtlichen Stellvertretung des Prinzipals nicht gesprochen werden kann, so liegt doch eine faktische Vertretung desselben vor; der Dritte muß deshalb ebenso, wie in den oben (S. 311) erörterten Repräsentationsfällen, durch die Verantwortlichkeit des Prinzipals gesichert sein.

Wenn also innerhalb des Geschäftsbetriebes einem Gehülfen gewisse Dienste aufgetragen sind, z. B. das Abholen des Posteinlaufes, das Ein- und Auspacken, das Transportiren der Waaren und dergl., und durch nachlässige Besorgung, durch Ungeschicklichkeit in der Ausführung ein Geschäftsfreund beschädigt wird, so haftet der Prinzipal [23]). Für einen der wichtigsten Fälle, den Frachttransport, ist dieß durch Art. 400 des a. d. HGB. speziell anerkannt, im Allgemeinen ergibt sich der Grundsatz durch die oben erörterte Natur des Dienstverhältnisses.

Ist endlich ein Dritter nicht durch die ungeschickte Besorgung eines ihn betreffenden Dienstes in Geschäftsangelegenheiten, sondern durch ungehörige Dienstleistung überhaupt beschädigt, so liegt dem Prinzipal allerdings die Haftung nur für die Auswahl und Beaufsichtigung seiner Gehülfen ob, allein die faktisch vorliegende Ungehörigkeit und Ungeschicklichkeit spricht gegen ihn und deshalb liegt hier ihm der Beweis seiner Schuldlosigkeit ob.

Wenn also z. B. der Fuhrknecht durch Fahren mit einem schwerbela-

---

[23]) Die in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 155 abgedruckte Entscheidung des Berliner Obertribunales, wonach der Prinzipal nicht dafür haftbar erklärt wurde, daß der von einem Geschäftsfreunde eingesandte Wechsel in Folge verspäteten Abholens von der Post präjudizirt wurde, dürfte daher auch nach preußischem Rechte nicht zu billigen sein. Denn der (oben Note 21 bereits erwähnte) §. 53 Tit. 6 Th. I des A. LR. kann für dieses Rechtsverhältniß nicht allein entscheidend sein.

denen Wagen in der Nähe des Trottoirs das Eindrücken der Glasfenster einer Handlung und die Beschädigung der dahinter aufgestellten Waaren veranlaßt [24]), so muß hier billigerweise den Prinzipal eine schwerere Verantwortung treffen, als in den oben (bei Note 21) erwähnten Fällen, da hier die Vermuthung dafür spricht, daß, wenn die Dienstleistung einem vollkommen fähigen Bediensteten anvertraut worden wäre, die Beschädigung nicht erfolgt sein würde. In solchen Fällen muß also der Prinzipal den Beweis gehöriger Sorgfalt bei der Auswahl und der gehörigen Aufsicht bei der Ausführung zu führen haben.

Art. 57.

Die Natur der Dienste und die Ansprüche der Handlungsgehülfen (Handlungsdiener, Handlungslehrlinge) auf Gehalt und Unterhalt werden, in Ermangelung einer Uebereinkunft, durch den Ortsgebrauch oder durch das Ermessen des Gerichtes, nöthigenfalls nach Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen, bestimmt.

Pr. E. Art. 52 Abs. 2. I. E. Art. 56. II. E. Art. 56. Prot. S. 94, 964, 4519.

1) Die Natur der Dienste, welche der Handlungsgehülfe zu leisten hat, ergibt sich aus dem Begriffe des Handlungsgehülfen als einer im Betriebe eines Handelsgewerbes beschäftigten Person. Innerhalb dieses Begriffes aber läßt sich wegen der mannigfachen in dieser Hinsicht bestehenden örtlichen Verschiedenheiten eine bestimmte Gränze nicht ziehen, weshalb in Ermangelung eines Vertrages auf den Ortsgebrauch und auf das durch sachverständiges Gutachten geleitete richterliche Ermessen verwiesen ist [1]).

2) Die Ansprüche der Handlungsgehülfen auf Gehalt und Unterhalt [2]) sind nach dem abgeschlossenen Dienstvertrage und, wenn dieser keine

---

[24]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 156.

[1]) Motive zum Pr. E. S. 33.

[2]) Mitunter wird auch ein klagbares Recht des Gehülfen auf Ertheilung eines Zeugnisses angenommen; vgl. das in Kletke's Präjudizien I. Fortsetzung Nr. 791 erwähnte Erkenntniß der Juristenfakultät Halle, und Endemann S. 126.

genügenden Anhaltspunkte gibt, nach den bereits oben aufgeführten Momenten vom Richter festzusetzen. Es bedarf daher keiner weiteren Untersuchung, ob das Rechtsverhältniß zwischen Prinzipal und Gehülfen als Dienstmiethe oder als Vertrag über Handlungen (Motive z. Pr. E. S. 33) aufzufassen sei; jedenfalls dürfen Rechte und Pflichten der Betheiligten nur nach dem Inhalte der konkreten Uebereinkunft und nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches, außerdem aber nach Ortsgebrauch und Billigkeit festgestellt, keineswegs darf aber auf die Lehre von der locatio conductio zurückgegriffen werden [3]).

Was den Gehalt insbesondere betrifft, so ist zu bemerken, daß, wenn ein Salair im Jahresbetrage festgesetzt ist, dasselbe nicht nach Tagen oder Wochen, sondern nach Quartalen anfällt [4]).

Z. B. A. ist als Kommis mit 600 fl. jährlich engangirt; er bleibt vom 1. Januar 1850 bis zum 1. April 1851. In diesem Falle erstreckt sich sein Anspruch für die Zeit vom 1. Januar—1. April 1851 nicht auf 90 Tage, per Tag 1 fl. 38½ kr., also 147 fl. 45 kr. oder 12½ Woche, per Woche 11 fl. 32½ kr. d. h. 144 fl. 16½ kr., sondern auf den vierten Theil von 600 fl., also 150 fl.

Wird ein Antheil am Nettogewinne stipulirt, so muß angenommen werden, daß unter dem Nettogewinn nur derjenige Ertrag zu verstehen sei, welcher effektiv in die Kasse des Prinzipals gelangt ist [5]).

3) Nur in Ermangelung einer Uebereinkunft können streitige Punkte in anderer Weise entschieden werden. Ist also im Dienstvertrage über die Art der Beschäftigung, des Gehaltes oder Unterhaltes u. s. w.

---

[3]) Endemann (S. 122 Note 7) führt hierbei an, daß die von der einen Seite zu leistende Arbeit nicht sowohl der Person des Prinzipals, sondern mehr dem Geschäfte versprochen werde, und schon dadurch der Gesichtspunkt der Römischen locatio conductio operarum als zu niedrig erscheine.

Diesem an sich richtigen Satze darf aber selbstverständlich nicht die Bedeutung beigelegt werden, als ob die Dienstleistung am Geschäfte allein hafte. Wenn z. B. der Prinzipal sein Geschäft verkauft oder einem Anderen überläßt, wird man nicht ohne Weiteres annehmen dürfen, daß die Handlungsgehülfen gezwungen werden könnten, bei dem neuen Prinzipal zu bleiben; noch auch liegt dem Erwerber des Geschäftes ohne hierauf gerichteten Vertrag die Pflicht ob, das bisherige Personal als in seinen Diensten stehend anzuerkennen. Eine Ausnahme s. Art. 61 Note 2.

[4]) Vgl. Centralorgan Bd. II S. 95.

[5]) Vgl. das Erkenntniß des Kasseler Oberapp.-Ger. im Centralorgan Bd. III S. 49.

eine Bestimmung getroffen, so kann davon nicht etwa deshalb abgewichen werden, weil ein Anderes ortsüblich ist oder das Ausbedungene dem Richter nicht als der Billigkeit entsprechend scheint [6]).

Dagegen darf andererseits aus dem Worte „einer" nicht gefolgert werden, daß der Ortsgebrauch und das richterliche Ermessen nur dann eintrete, wenn ein Dienstvertrag überhaupt nicht geschlossen wurde, sondern es soll damit offenbar nur gesagt sein, diejenigen einzelnen Punkte, worüber weder im Vertrage Etwas bestimmt ist, noch auch nachträglich ein Einverständniß unter den Betheiligten erzielt wird, sollen nach Ortsgebrauch und Billigkeit geregelt werden [7]).

Ein Fall ist hier besonders hervorzuheben; es kommt nemlich nicht selten vor, daß Personen in einem Handelsgewerbe Beihülfe leisten, ohne daß ihnen eine Vergütung dafür ausbedungen wurde. Längere Zeit dauert oft ein solches Verhältniß fort, bis (in der Regel durch getäuschte Hoffnungen veranlaßt) der Anspruch auf nachträgliche Vergütung erhoben wird. In derartigen Fällen wird eine Vermuthung dafür, daß die geleisteten Dienste schenkungsweise, aus Gefälligkeit geschehen sind, nicht zugelassen werden können [8]); auch dadurch, daß eine solche Forderung längere Zeit nicht gestellt worden ist, kann diese Vermuthung nicht begründet erscheinen. Gerade in derartigen Fällen wird der Richter alle obwaltenden Verhältnisse nach Billigkeit abzuwägen und hiernach die Größe der zu gewährenden Vergütung festzustellen haben [9]).

---

[6]) Hierbei kann der Richter über die Qualität und Quantität der geleisteten Dienste Beweis auflegen vgl. das Frankfurter Erk. in Busch Archiv Bd. VIII S. 286.

[7]) In einem Falle wollte der Prinzipal nur jenes Salair gewähren, welches er seinem Kommis in den Büchern jährlich gutgeschrieben hatte. Das Kölner Appellgericht sprach dagegen aus, daß, selbst wenn der Kläger von diesen Gutschreibungen Kenntniß erhalten hätte, hierin noch keineswegs ein gegenseitiges Einverständniß über die Höhe des Salairs liege, da die gebotene Möglichkeit, sich zu erklären, noch nicht die Verpflichtung zu einer Erklärung in sich schließe, die letztere vielmehr erst dadurch hätte herbeigeführt werden können, daß dem Kommis eine direkte Veranlassung zu einer Aeußerung, z. B. durch Mittheilung eines Auszuges aus den Büchern, gegeben worden wäre. Vgl. Centralorgan Bd. II S. 122 und Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 158.

[8]) Die Ansprüche der Frau, welche ihrem Manne, und des Sohnes, welcher seinem Vater im Geschäfte dient, sind nach Familienrecht zu beurtheilen.

[9]) Die Verjährung schließt natürlich die Nachforderung aus. Vgl. die Bemerkungen auf Seite 420 oben.

4) Als Ortsgebrauch ist anzusehen, was am Orte des Etablissements in derartigen Fällen in der Regel zu geschehen pflegt, sei es, daß gewöhnlich die Dienstverträge so und nicht anders geschlossen werden, sei es, daß stillschweigend sich danach gerichtet wird. (Vgl. Art. 1).

Für den Fall z. B., daß an einem bestimmten Orte zu gewissen Zeiten Geschenke an das Personal so herkömmlich sind, daß nach Lage der Sache deren Werth bei Eingehung des Dienstverhältnisses allgemein in Berücksichtigung gezogen wird, können dieselben allerdings gefordert werden; stellen sich aber die Geschenke als reine Liberalitäten dar, so kann der Umstand, daß sie gewöhnlich gegeben werden, den Prinzipal rechtlich nicht verpflichten [10]).

5) Das Ermessen des Gerichtes, nöthigenfalls nach Einholung des Gutachtens von Sachverständigen, ist als letzte Entscheidungsquelle aufgeführt. Dieses Ermessen ist an ein vorgängiges Gutachten von Sachverständigen nicht gebunden; letzteres soll nur „nöthigenfalls" eingeholt werden; wenn der Richter selbst die erforderliche Sachkenntniß besitzt, kann er sofort die Streitfrage entscheiden (Prot. S. 96); für Bayern insbesondere ist auf Art. 72 des Einf.-Ges. hinzuweisen, wonach die Sachkunde und Wissenschaft der mitwirkenden Beisitzer vom Handelsstande ohnehin in der Regel die Vernehmung von Sachverständigen ersetzt.

Daß der Richter auch gegen das Gutachten der Sachverständigen entscheiden könne, wird nicht zu bestreiten sein [11]), jedoch wird es nicht leicht vorkommen [12]), daß solches geschieht.

Als zuständiges Gericht zur Entscheidung über die fraglichen Ansprüche erscheint das Handelsgericht [13]), soferne aber derartige Streitigkeiten landesgesetzlich anderen Gerichten oder Behörden (z. B. der Polizei) zugewiesen sein sollten, haben diese das gleiche Recht, da sie solchen Falles in dieser Hinsicht an die Stelle der Handelsgerichte treten. (Prot. S. 964, 4519.)

---

[10]) Eine interessante schiedsrichterliche Entscheidung der Berliner Kaufmanns-Aeltesten, in welcher konstatirt ist, daß das einem Kommis gegebene Weihnachtsgeschenk nach Berliner Platzusance auch dann nicht zurückgegeben zu werden braucht, wenn der Kommis im Laufe des Jahres (mit Bewilligung des Prinzipals) austritt, siehe in Busch Archiv Bd. VII S. 181.

[11]) v. Hahn S. 159.

[12]) Interessanter Fall einer richterlichen Festsetzung im Centralorgan Bd. II S. 123.

[13]) Für Bayern nach Art. 63 Ziff. 4 des Einf.-Ges.

6) Es kann sich die Frage erheben, ob der Ortsgebrauch und das richterliche Ermessen, namentlich bei Anwendung des Art. 62, ganz unbeschränkt zu entscheiden habe; ob z. B. ein Handlungsgehülfe auch zu einer Dienstleistung verpflichtet erklärt werden kann, welche zwar an sich keine kaufmännische ist [14]), aber am Orte des Etablissements regelmäßig von den Gehülfen besorgt wird. Diese Frage wird zu bejahen sein, da das Handelsgesetzbuch in dieser Beziehung eine Ausnahme nicht gemacht hat, und schon die Motive zum Pr. Entw. (S. 33) speziell bemerkt hatten, daß sich nicht ganz bestimmt zwischen kaufmännischen und mechanischen Diensten unterscheiden lasse [15]).

Endlich muß darauf hingewiesen werden, daß selbstverständlich Ortsgebrauch und richterliches Ermessen nicht absolut, sondern nach der konkreten Natur des eingegangenen Verhältnisses zu entscheiden haben. Wenn z. B. Jemand sich als Buchhalter engagirt hat, ohne daß ein spezieller Vertrag die Natur seiner Dienste und seinen Gehalt näher regelt, so können ihm nicht alle Dienste, welche die Handlungsgehülfen überhaupt am Orte des Etablissements zu leisten haben, zugemuthet, und es kann ihm auch nicht die im Allgemeinen übliche Bezahlung eines Kommis zugebilligt werden, sondern er hat zu thun, was die ortsübliche Geschäftsaufgabe eines Buchhalters ist; er hat anzusprechen, was das gewöhnliche Salair eines Buchhalters in einem Geschäfte, wie das in Frage stehende, am Etablissementsorte ist.

7) Eine vielbestrittene Frage ist, ob dem Gehülfen wegen seiner Ansprüche ein Retentionsrecht an den Sachen des Prinzipales zustehe. Man hat in der früheren Praxis keinen Anstand genommen, den Handlungsgehülfen das Recht der Retention unter der Bedingung rechtlicher Erlangung der Detention zuzugestehen, während die überwiegende Mehrheit der Rechtslehrer und Gerichtshöfe die Befugniß verneinten, an solchen Sachen das Retentionsrecht auszuüben, welche der Gehülfe nur in Folge seines Dienstes in Händen hat.

Das a. d. HGB. hat sich speziell über diese Frage nicht ausgesprochen; denn der Art. 313 wird hier kaum anwendbar sein, weil das

---

14) Z. B. Einpacken, Austragen von Waaren u. dgl.

15) Doch ist der auch von Busch (Archiv Bd. I S. 79) ausgesprochenen Ansicht beizutreten, daß weder Kommis noch Lehrlinge, soferne man hierüber nicht ausdrücklich übereingekommen ist, zu absoluten Gesindediensten, z. B. Kehren der Straße oder des Komptoirs u. s. w., verwendet werden können. (Vgl. Art. 62.)

Verhältniß des Gehülfen zum Prinzipal doch nicht wohl als geschäftliche Beziehung eines Kaufmannes zu einem anderen Kaufmanne erscheint, und jedenfalls der Absatz 2 jenes Artikels der Regel nach der Ausübung eines Retentionsrechtes entgegenstehen würde.

Im Interesse eines geordneten Zustandes und mit Rücksicht darauf, daß mit dem Vorwande der Retention nur allzuleicht Untreue und Ungehörigkeiten aller Art bemäntelt werden würden, muß man im Allgemeinen die Zulässigkeit eines derartigen eigenmächtigen Vorgehens des Untergebenen gegen den Geschäftsherrn verneinen und dem Handlungsgehülfen das Recht vollständig absprechen, sich für seine wirklichen oder vermeintlichen Ansprüche aus dem Eigenthume seines Prinzipals selbst bezahlt zu machen [16]).

Nur insoweit ein Handlungsgehülfe zugleich als Geschäftsführer aufgetreten ist, wird ihm das gewöhnliche civilrechtliche Retentionsrecht zugestanden werden können [17]). Hienach aber beschränkt sich dieses Recht auf die für die Geschäftsführung rückständigen Kosten und kann nur ausgeübt werden an den in Folge der Geschäftsführung rechtmäßig in die Detention des Geschäftsführers gelangten Sachen [18]).

So wird z. B. das Salair aus Geldern bestritten werden dürfen, die der Gehülfe in Händen hat, falls der Prinzipal säumig ist [19]).

Daß aber auch in solchen Fällen dem liquiden Anspruche des Prinzipals auf Einlieferung der einkassirten Gelder, Herausgabe der Geschäftsbücher und Briefe u. s. w. gegenüber nicht etwa mit einer Retention wegen illiquider Forderungen aufgetreten werden kann, ist klar; in solchem Falle hat der Handelsrichter wenigstens die sofortige Deponirung bei Gericht zu verfügen, indem außerdem der Willkür und der Chikane Thür und Thor geöffnet wäre [20]).

---

[16]) Erk. des Oldenburger Oberappellgerichtes in Seuffert's Archiv Bd. V Nr 105, vgl. auch das Erk. des Frankfurter Stadtgerichtes in Busch Archiv Bd. IX S. 474 und des dortigen Appellgerichtes Bd. X S. 418.

[17]) Vgl. Endemann S. 126.

[18]) v. Holzschuher, Kasuistik Bd. III S. 639 N. 11.

[19]) Das Nürnberger Handelsappellgericht hat in einem Erkenntnisse (v. 26. Oktober 1864 München I/Isar RNr. 328) die Befugniß eines Handlungsreisenden anerkannt, das bereits verfallene Salair aus der einkassirten Baarschaft zu entnehmen.

[20]) Vgl. auch das in Note 2 zu Art. 64 citirte Erkenntniß in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 160.

Art. 58.

Ein Handlungsgehülfe ist nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipals vorzunehmen.

Wird er jedoch von dem Prinzipal zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragt, so finden die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte Anwendung.

Pr. E. I. E. Art. 53. II. E. 57. Prot. S. 97, 964.

Dieser Artikel enthält die Bestimmung, daß die Aufnahme einer dritten Person in das Handelsgewerbe als Gehülfe dieselbe nicht berechtigt, im Namen des Prinzipals selbständig zu handeln und als dessen Stellvertreter Rechtsgeschäfte abzuschließen. Dagegen unterliegt es offenbar keinem Anstande, daß der Chef zu solchem Handeln jedem Gehülfen (auch den Lehrlingen)[1] Auftrag geben kann, und es muß also der Eingang des Artikels mit der Limitation verstanden werden: Ein Handlungsgehülfe ist an und für sich nicht ermächtigt u. s. w. Durch Ertheilung einer Vollmacht zur Vertretung des Prinzipals wird dagegen der Handlungsgehülfe zum Handlungsbevollmächtigten, und es finden je nach der Art und dem Umfange der ertheilten Bevollmächtigung die Vorschriften des V. Titels Anwendung, wobei selbstverständlich bei Ertheilung der Prokura an einen Handlungsgehülfen dieser hinsichtlich seiner Vertretungsbefugnisse nach den Bestimmungen über die Prokuristen zu beurtheilen ist.

Die Bevollmächtigung kann durch spezielle Aufträge oder ein für allemal durch die Art der Anstellung selbst ertheilt werden.

Der Preußische Entwurf hatte hier (Art. 54, 55, 56) diejenigen Thatsachen aufgeführt, aus welchen die stillschweigende Bevollmächtigung der Handlungsgehülfen zur Vertretung des Prinzipals gefolgert werden solle; diese finden sich (wie schon oben S. 382 näher erörtert ist) jetzt theils im IV. und V. Titel, theils in Art. 296.

Es sind dieß die Bestimmungen, daß die eigentlichen Ladendiener zu den in den Läden der fraglichen Art üblichen Geschäften stillschweigend ermächtigt sind, daß die Einträge in die Handelsbücher Namens des Prinzipals auch von Handlungsgehülfen mit Rechtswirksamkeit vollzogen werden können, und daß der Handlungsgehülfe und selbst das Gesinde durch die Uebergabe

---

[1]) v. Kräwel S. 76.

der quittirten Rechnung zum Geldempfange bevollmächtigt erscheint; wie solches an den betreffenden Stellen näher erläutert ist.

Art. 59.

Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

In dieser Beziehung kommen die für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen (Art. 56) zur Anwendung.

Pr. E. Art. 58. I. E. Art. 58. II. E. Art. 58.

1) Daß der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte, also auch Handlungsgehülfe, wenn er von dem Prinzipal zum Gewerbebetriebe in seinem Namen bevollmächtigt ist, nicht daneben auf eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen darf, ist in Art. 56 bestimmt. Aber auch wenn dieses nicht der Fall ist, läßt es die Rücksicht auf die außerdem leicht entstehende Gefährdung der Rechte des Handlungsherrn nicht zu, daß seine Kommis oder Lehrlinge auf eigene Rechnung oder für Dritte spekuliren; es würde leicht Versuchung zur Untreue aller Art entstehen und deshalb hat das a. d. HGB. solches mit Recht verboten. Die näheren Erläuterungen siehe oben bei Art. 56.

2) Der Art. 59 spricht nur von einem Verbote des anderweitigen Geschäftsbetriebes während der Dauer des Dienstverhältnisses. Es kommt aber sehr häufig in den Dienst- und Lehrverträgen die Stipulation vor, daß der Gehülfe auch nach beendigter Dienst- oder Lehrzeit nicht in ein fremdes, dem Geschäfte des Prinzipals ähnliches Geschäft innerhalb einer gewissen Zeit oder innerhalb eines gewissen Umkreises treten dürfe. Man hat mehrfach versucht, die Rechtsgültigkeit solcher Vereinbarungen deshalb zu bestreiten, weil darin eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, der freien gewerblichen Thätigkeit, gelegen sei[1]. Allein diese Einwürfe sind im Allgemeinen unstichhaltig[2]; sie wären nur gerechtfertigt, wenn die Stipulation dahin

---

[1]) Vgl. das Erk. des Dresdener OAG. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 570.

[2]) Vgl. die Ausführungen in dem Erk. des Lübecker OAG. in Goldschmidt's

gehen würde, daß der Gehülfe für immer und in allen Ländern irgend ein Engagement überhaupt nicht mehr annehmen dürfe [3]).

Gewöhnlich wird jedoch nur für eine gewisse Zeit der Eintritt in ein sogenanntes Konkurrenzgeschäft verboten und ist es dann eine thatsächliche Frage, ob das Geschäft, in welchem der Gehülfe engagirt wurde, eine solche Eigenschaft habe, daß der Prinzipal mit Grund einen Nachtheil dadurch befürchten kann, daß der Gehülfe die bei ihm erlernten Kenntnisse und die gemachten Erfahrungen insbesondere hinsichtlich der Kundschaft zum Nutzen des Konkurrenten verwerthet. Desgleichen ist nach den konkreten Umständen zu entscheiden, ob darin, daß dem Prinzipal Anzeige von dem beabsichtigten Engagement gemacht wurde und er dagegen nicht reklamirt hat, ein Verzicht desselben gefunden werden könne, sowie, ob die Entlassung Seitens des Prinzipals, namentlich eine vorzeitige und unberechtigte, die Vereinbarung als unwirksam erscheinen lasse.

Art. 60.

Ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, geht dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig. Jedoch hat er auf diese Vergünstigung nur für die Dauer von sechs Wochen Anspruch.

Pr. E. Art. 59. I. E. Art. 59. II. E. Art. 59. Prot. S. 101, 964.

1) Würde das Verhältniß zwischen Prinzipal und Gehülfen lediglich nach den Grundsätzen von der Dienstmiethe behandelt, so würde derjenige Gehülfe, welcher aus irgend einem Grunde die vermietheten Dienste nicht leisten könnte, seiner Ansprüche auf die Vergütung während der Zeit seiner Verhinderung verlustig. Diese von der moralischen, an das

---

Zeitschrift Bd. VIII S. 159 und das Urtheil in der Sammlung handelsger. Entscheid. in Bayern Bd. II S. 303.

[3]) Auch wenn z. B. ganz Europa ausgeschlossen oder das Verbot auf eine halbe Lebenszeit hinaus erstreckt wäre, dürfte die Vereinbarung als gegen die öffentliche Ordnung verstoßend auf ein gehöriges Maß vom Richter zurückgeführt werden. Vgl. auch das Erk. des Wolfenbüttler Obergerichtes in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XI S. 173.

Familienverhältniß streifenden Seite derartiger Beziehungen ganz absehenden Grundsätze wollte aber das a. d. HGB. nicht maßgebend sein lassen, sondern weitergehende dem deutschen Rechtsbewußtsein mehr zusagende Bestimmungen treffen. (Motive zu Art. 59 des Pr. E.)

2) Unverschuldetes Unglück ist die Voraussetzung, unter welcher allein dem Prinzipal obliegt, eine Leistung ohne Gegenleistung zu machen. Das Gesetzbuch bestimmt diesen Begriff nicht näher[1]); es wird also auch hier das billige Ermessen des Richters einzutreten haben. Man wird hiebei nicht allzu skrupulös verfahren und insbesondere hinsichtlich der Krankheitsfälle keinen Unterschied machen dürfen, ob etwa die Erkrankung Seitens des Kommis durch ganz entsprechendes Verhalten hinsichtlich der Kleidung, der Nahrung u. s. w. hätte verhindert werden können oder nicht, wenn nur nicht offenbarer Leichtsinn oder rechtswidriges Verhalten (Ausschweifungen) die Ursache der Krankheit sind.

Als unverschuldet erscheint die Verhinderung im Dienste auch dann, wenn sie durch einen Dritten[2]) oder aber durch einen Unglücksfall veranlaßt ist, welcher die Person oder die Sache des Prinzipales trifft, z. B. wenn das Etablissement abbrennt u. dgl. Dagegen sind durch die Bezeichnung „Unglück" jene Hinderungsursachen ausgeschlossen, welche durch besondere Lebensverhältnisse u. dgl. veranlaßt sind, z. B. wenn der Kommis zum Militär einrücken muß, oder wegen Familienereignisses nach Hause gerufen wird u. s. w.

Wird die Verhinderung der Dienstleistung durch Schuld des Gehilfen hervorgerufen, so folgt zwar aus der Bestimmung des vorstehenden Artikels, daß er auf sein Salair keinen Anspruch hat. Ob aber der Gehülfe dem Prinzipal solchen Falles noch Schadensersatz leisten muß, ist hier zwar nicht entschieden, wird sich indessen nicht wohl bestreiten lassen. Andererseits ergibt sich gleichfalls aus allgemeinen Grundsätzen, daß, wenn die Dienstverhinderung durch Schuld des Prinzipals eintritt, dieser nicht blos für sechs Wochen, sondern für die ganze Dauer der Verhinderung Vergütung zu leisten hat. Dem Verschulden steht es in dieser Hinsicht gleich, wenn z. B. der

---

[1]) Die Vorschrift des Art. 282 würde allerdings auch hier einen Anhaltspunkt geben.

[2]) Busch Archiv für Handelsrecht Bd. I S. 81; hat jedoch der Handlungsgehülfe die Sache provozirt, z. B. ein Kommis mischt sich in eine Rauferei, so tritt die Frage auf, in wie weit demselben hierbei ein Verschulden zur Last fällt.

Prinzipal das Geschäft freiwillig aufgibt oder über ihn Konkurs ausbricht [3]).

Liegt nicht eine Schuld des Prinzipals in der Mitte, wohl aber ein seine Person in der Sache treffender Zufall, so kann, da, wie schon erwähnt, dieß als ein von dem Gehülfen nicht verschuldetes Ereigniß erscheint, derselbe darunter nicht leiden; allein die Billigkeit erfordert, daß in solchem Falle dem Anspruche nicht weiter Raum gegeben werde, als bis der Gehülfe eine anderweitige Unterkunft unter Anwendung gehörigen Fleißes finden kann [4]). Man wird den Artikel demnach auch nach dieser Richtung auslegen und daraus folgern können, daß in solchen Fällen der Prinzipal mehr als sechswöchentlichen Gehalt nicht zu leisten habe [5]).

Schwierig ist die Frage zu lösen, wie weit die Haftung des Prinzipals dann geht, wenn das Unglück, welches den Gehülfen getroffen, zwar nicht direkt vom Prinzipal verschuldet, aber durch eine besondere Gefährlichkeit der Dienstleistung veranlaßt war. Daß der Prinzipal einstehen muß, wenn er die Gefahr dem Gehülfen verschwiegen hat (z. B. er beschäftigt den Kommis mit Sortiren von Stoffen, die mit Arsenik gefärbt sind, ohne ihm dieses zu sagen), versteht sich von selbst. Aber auch wenn der Gehülfe die Gefährlichkeit kannte [6]), kann billiger Weise wohl nicht anders angenommen werden, als daß der Prinzipal die Entschädigung für das durch solche gefährliche Beschäftigung entstehende Unglück stillschweigend auf sich genommen habe [7]).

---

[3]) Ein Urtheil des Dresdener OAG. (Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 159) wendete diesen Satz in einem Falle an, wo der Fabrikbetrieb eines Vereins, von welchem Kläger zur Beaufsichtigung der Fabrikation und Ueberwachung des Betriebes angestellt war, theils in Folge eingetretener Schadhaftigkeit der Apparate, theils in Folge eines stadträthlichen auf die Gemeinschädlichkeit des Fabrikbetriebes gegründeten Verbotes hatte sistirt werden müssen. Unter Umständen können natürlich derartige Ereignisse die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit rechtfertigen, vgl. Art. 62.

[4]) Vgl. Endemann S. 125.

[5]) Hiezu gelangt man auch durch Herbeiziehung des Art. 62.

[6]) Z. B. ein Reisender wird in Gegenden geschickt, in welchen es sehr unsicher ist oder eine ansteckende Krankheit herrscht; ein Kommis wird damit beschäftigt, Abends bei Licht die Petroleumfässer zu kontroliren u. dgl.

[7]) Vgl. Preuß. LR. Th. I Tit. 13 §. 81; hiezu macht Koch (Kommentar a. a. O.) die Bemerkung, es beruhe dieser Satz auf deutschem Gerichtsbrauche; allein die Abweichung von dem Römischen Rechte (l. 26 §. 6 D. mandati 17, 1) ist nur scheinbar; gerade auf obige Fälle paßt der Satz „nam haec magis casibus quam mandatori imputari oportet“ in keiner Weise.

3) Zeitweise muß der Gehülfe an der Leistung seines Dienstes verhindert sein, wenn die Vorschrift des Artikels 60 zur Geltung kommen soll. Ob länger oder kürzer als sechs Wochen, ist hiebei gleichgültig [8]); ebenso ob der Prinzipal im Falle anhaltender Krankheit von dem Rechte des Art. 64 Gebrauch macht oder nicht.

Ob aber auch dann, wenn sofort ersichtlich ist, daß die Verhinderung der Dienstleistung eine beständige sein wird [9]), der Prinzipal zu einem sechswöchentlichen Salair verpflichtet sei, kann bestritten werden [10]). Da von dem Gesetzgeber im Zweifel anzunehmen ist, er habe sich keiner überflüssigen Worte bedient, und im Hinblick auf Art. 64 Ziff. 4 wird der Art. 60 auf Fälle, in denen sofort ersichtlich ist, daß es sich nicht um eine zeitweise, sondern beständige Leistungsunfähigkeit handelt, keine Anwendung finden können.

4) Gehalt und Unterhalt, daher auch, wenn diese bedungen, die Kost (Prot. S. 101), was bei der früheren Fassung, in welcher das Wort Unterhalt fehlte, zweifelhaft sein konnte, jetzt aber selbstverständlich ist.

5) Der Anspruch auf diese Vergünstigung besteht nach dem Gesetze nur auf eine Dauer von sechs Wochen. Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß vertragsgemäß dieselbe länger bedungen werden kann. Es muß dieß nicht gerade ausdrücklich bestimmt worden sein, auch wenn z. B. der Dienstvertrag nur dahin lauten würde, „das Salair läuft während etwaiger Krankheit fort," könnte der Prinzipal nicht nachträglich in Folge des Art. 60 sich der längeren Bezahlung entziehen.

6) Die Dauer von sechs Wochen [11]) kann nur für jeden einzelnen Fall, nicht etwa für die ganze Dienstzeit verstanden werden. Wenn der Kommis A. vom 1. Januar bis 1. Februar und dann später vom 1. Juni bis zum 1. Juli krank war, so hat er nicht blos im Ganzen auf sechswöchentliches, das heißt also während der zweiten Krankheit nur mehr auf ein zweiwöchentliches Salair Anspruch, sondern es ist ihm in beiden Fällen während der ganzen Dauer der Krankheit der Gehalt und Unterhalt zu vergüten. Dieß ergibt sich aus dem Worte „zeitweise", in welchem die Be-

---

[8]) Vgl. v. Hahn S. 161.

[9]) Z. B. dem Buchhalter zerspringt auf der Jagd das Gewehr und er verliert die rechte Hand.

[10]) Endemann Kritik S. 47 verneint, v. Hahn Kommentar S. 161 bejaht dieselbe.

[11]) Bei einem lebenslänglich Engagirten findet diese Beschränkung nicht statt, vgl. Art. 61 Note 2.

ziehung des Schlußsatzes auf die jederzeitige Dienstverhinderung ausgedrückt ist.

Es entspricht dieß auch der Natur der Sache, indem insbesondere bei länger andauernder Dienstzeit die entgegengesetzte Ansicht zu großen Unbilligkeiten führen würde. Dem Interesse des Prinzipals ist dadurch Rechnung getragen, daß er bei öfter wiederkehrenden Erkrankungen sich des Rechtes des Art. 64 bedienen kann.

Art. 61.

Das Dienstverhältniß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsdiener kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahrs nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden. Ist durch Vertrag eine kürzere oder längere Zeitdauer oder eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so hat es hierbei sein Bewenden.

In Betreff der Handlungslehrlinge ist die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrage und in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche zu beurtheilen.

Pr. E. I. E. Art. 60. II. E. Art. 60. Prot. S. 101, 964.

1) Auch hinsichtlich der Beendigung des Dienstverhältnisses zwischen Prinzipal und Gehülfen hat zuvörderst dasjenige Platz zu greifen, was zwischen den Parteien vereinbart ist[1]; nur versteht es sich, daß solche Verabredungen, welche civilrechtlich allgemein ungültig sind, nicht von Wirksamkeit sein können; z. B. eine Uebereinkunft, welche die Auflösung des Dienstverhältnisses von Seite des Gehülfen überhaupt oder eine längere Reihe von Jahren hindurch unter keiner Voraussetzung zulässig erklärt, würde offenbar als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten sein[2].

---

[1]) Ueber die Frage, wie weit das a. d. HGB. für die vor demselben geschlossenen Engagementsverträge maßgebend sei, siehe das Erk. des Berliner Obertribunals vom 9. Februar 1864 (abgedr. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 571 und Busch Archiv Bd. V S. 249). Dann vom 29. November 1864 (Busch Archiv Bd. VI S 27.)

[2]) Dagegen kommt es allerdings vor und wird nicht als ungültig erklärt wer-

Beide Kontrahenten können sich insbesondere beliebige Kündung oder Auflösung des Dienstverhältnisses vorbehalten, und der von dem Prinzipal gemachte Vorbehalt der Tauglichkeit oder Brauchbarkeit des Gehülfen enthält der Regel nach die Befugniß, den Gehülfen ohne Angabe oder Nachweis eines Grundes und ohne Kündigung zu entlassen [3]). Jedoch wird hier mit besonderer Vorsicht zu prüfen sein, ob eine solche weitgehende Befugniß zuzugestehen in der Absicht des anderen Kontrahenten lag, und jedenfalls wird dem Prinzipal das Recht zu einer beliebigen Entlassung nur innerhalb der ersten zur Erprobung hinreichenden Zeit zugestanden werden können.

2) Das Gesetz unterscheidet zwischen den Lehrlingen und den übrigen Handlungsgehülfen, welche als Handlungs**diener** bezeichnet sind [4]).

Enthält der Dienstvertrag über Zeit und Ort der Beendigung keine Bestimmung, so ist in Bezug auf letztere nicht auf den in Art. 57 als primäre Entscheidungsquelle aufgestellten Ortsgebrauch zurückzugehen, sondern es treten sofort die Vorschriften des Art. 61 ein, wie sich nicht nur aus dem Umstande ergibt [5]), daß erst im Abs. 2 hinsichtlich der Lehrlinge der Ortsgebrauch ausdrücklich vorbehalten wurde, sondern auch dadurch außer Zweifel gestellt wird, daß der Pr. E. in Art. 60 auch in dieser Beziehung den Ortsgebrauch als subsidiäre Entscheidungsquelle aufführte, bei der Berathung aber (Prot. S. 101) dieser Passus gestrichen wurde [6]).

Die Aufhebung des Dienstverhältnisses kann nur mit **beiderseitigem**

---

den können, daß der Prinzipal den Buchhalter, Kassier u. s. w. lebenslänglich engagirt. In diesem Falle aber stellt sich der Engagirte allerdings als zum **Geschäfte** engagirt dar, und wird sich, soferne er seine Ansprüche wahren will, nicht weigern können, beim Uebergange des Etablissements dem neuen Erwerber zu dienen. Hinsichtlich solcher Engagements ist noch zu bemerken, daß auch Dienstunfähigkeit des lebenslänglich Engagirten den Prinzipal nicht zur Entlassung (d. h. Entziehung des Salairs) berechtigt, weil gerade die lebenslängliche Versorgung Zweck solcher Verträge ist und regelmäßig ein so Engagirter seine Gegenleistung durch wichtige Dienste, Verzicht auf gebotene Vortheile u. s. w. schon längst gegeben hat.

3) Vgl. das Erk. des Dresdener Oberapp.-Ger. bei **Kletke**, Präjudizien, I. Fortsetzung Nr. 790.

4) Hierunter fällt auch derjenige Handlungsdiener, welcher als Handlungsbevollmächtigter aufgestellt ist, oder welchem Prokura ertheilt wurde. Dagegen **Busch** im Archiv Bd. I S. 82, vgl. jedoch die Einleitung zu diesem Titel.

5) Nach der Interpretationsregel: unius positio est alterius exclusio.

6) Ein Erk. der österreichischen Gerichte abgedruckt in **Busch** Archiv Bd. VII S. 134 ff., geht von einer anderen Ansicht aus.

Einverständnisse zu jeder Zeit[7]), einseitig aber nur am Ende eines Kalendervierteljahres und nach vorher dem anderen Theile geschehener Kündigung erfolgen.

3) Wie die Motive (S. 35) besagen, ist bei Festsetzung der Ziele nicht von dem Zeitpunkte des Beginnens des Dienstverhältnisses ausgegangen, sondern die Kalenderzeit zu Grunde gelegt worden, weil gerade diese im Handelsverkehre bei der Geschäfts- und Buchführung von besonderer Bedeutung ist. Der Ausdruck „Kalendervierteljahr" läßt keinen Zweifel, daß die vier Abschnitte des bürgerlichen Jahres: 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober, nicht aber die sonst üblichen Quartale: Lichtmeß, Georgi oder Walpurgi, Jakobi oder Laurenzi, Micheli oder Martini u. dgl. gemeint sind. Da es übrigens im Gesetze heißt „mit Ablauf" des Kalendervierteljahres, so müssen strenge genommen der 31. März, 30. Juni, 30. September und 31. Dezember Nachts 12 Uhr als diejenigen Zeitpunkte angenommen werden, an welchen das Dienstverhältniß sich zu lösen hat.

4) Die sechswöchentliche Kündigungsfrist wurde als in der Handelswelt, wenigstens in den größeren Handelsstädten, üblich und auch im Allgemeinen für angemessen erachtet (Motive S. 35).

Die sechs Wochen müssen von Tag zu Tag gerechnet werden, und bleibt der erste Tag der sechsten Woche außer Berechnung; es muß demnach z. B. vor dem 18. Februar, dem 20. März, dem 20. August und bezüglich vor dem 20. November gekündigt werden, wenn das Dienstverhältniß mit dem 1. April, 1. Juli, 1. Oktober und 1. Januar aufgelöst werden soll, weil von jenen Tagen an bis zum Ablaufe des betreffenden Vierteljahres je 42 Tage in der Mitte liegen.

Selbstverständlich kann nach den beiden zur Aufhebung eines Dienstverhältnisses erforderlichen Momenten (Kündigung sechs Wochen vor Ablauf, und Ende eines Kalendervierteljahres) eine solche erst mit dem Ende des darauffolgenden Vierteljahres geschehen, wenn zwischen der Kündigung und dem Ende des Kalendervierteljahres nicht volle sechs Wochen in der Mitte liegen.

Wenn daher die Kündigung z. B. am 24. Februar erfolgt, so löst sich das Dienstverhältniß nicht etwa sechs Tage nach dem 1. April, sondern erst mit dem kommenden 1. Juli u. s. w.

Indessen wird auch dieß unter Umständen nicht angenommen werden

---

[7]) Vgl. Busch Archiv Bd. VI S. 25.

können. Z. B. ein Kommis kündigt am 24. Februar mit dem Bemerken, er werde am 1. März gehen; der Prinzipal erklärt, daß dieß nicht angehe, indem die Kündigung zu spät erfolgt sei; der Kommis bleibt und es wird weiter über die Sache nichts gesprochen; hier wird zu erwägen sein, ob nicht eine nochmalige rechtzeitige Kündigung zu erfolgen habe, und ob nicht im Unterlassungsfalle eine stillschweigende beiderseitige Beseitigung der geschehenen Kündigung angenommen werden müsse.

5) Daß die Kündigung gerade sechs Wochen vor dem Ziele geschehen müsse, ist im Gesetze nicht gesagt.

Der Ausdruck „nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung" bestimmt nur, daß mindestens sechs Wochen vorher, ehe das Verhältniß gelöst sein soll, die Kontrahenten hiervon Kenntniß haben müssen, damit jeder Theil Zeit genug behält, sich nach einem Ersatze umzusehen.

Wenn also der Prinzipal seinen Kommis am Ende des ersten Quartals 1865 entlassen will, so ist es nicht nöthig, daß er gerade am 18. Februar 1865 kündigt, die Kündigung gilt, wenn sie nur spätestens am 18. Februar oder aber auch vor dieser Zeit geschah. Dagegen wird, wenn eine solche Kündigung im Allgemeinen erfolgte[8]), aber beim Ablaufe des Quartales das Dienstverhältniß nicht aufgehoben wird, ein stillschweigender Verzicht beider Theile auf die geschehene Kündigung angenommen werden müssen.

6) Die Kündigung kann mündlich oder schriftlich erfolgen; die Worte sind gleichgültig, wenn nur aus denselben die Absicht, daß das Dienstverhältniß aufgelöst sein solle, deutlich zu erkennen ist, wobei übrigens die Bestimmung des Art. 278 zur Anwendung kommt. Zweckmäßig wird es sein, des Beweises halber, Zeugen beizuziehen oder sich eine Empfangsbescheinigung geben zu lassen. Hypothetische Kündigungen („wenn Sie nicht fleißiger werden, müssen Sie sich schon um einen anderen Platz umsehen", oder umgekehrt „wenn Ihnen meine Arbeit nicht taugt, so kann ich ja gehen" u. dgl.) werden in der Regel nicht genügen, da bei ihnen die Absicht mehr auf eine Drohung als auf eine wirkliche Willenserklärung gerichtet zu sein pflegt.

---

[8]) Beispiel: Anfangs Februar ergeben sich zwischen dem Prinzipal und dem Kommis Differenzen; der Prinzipal erklärt dem Kommis, da ihm sein Haus nicht gefalle, so solle er gehen. Darnach wird über die Sache nichts mehr gesprochen; Ende März kommt heran, der Kommis ignorirt den Vorgang und bleibt, der Prinzipal schweigt gleichfalls, gegen Mitte Juni aber ergibt sich abermals ein Zerwürfniß und nun will der Prinzipal, daß der Kommis Ende Juni den Dienst verlasse, weil ihm ja schon im Februar gekündigt worden.

Art. 62.

Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit (Art. 61) kann aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden.

Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.

Pr. E. Art. 61 Abs. 1 u. 2. I. E. Art. 61 Abs. 1 u. 2. II. E. Art. 61. Prot. S. 102, 964.

1) Ausnahmsweise und weil unter Umständen die sofortige Endigung des Dienstverhältnisses aus Gründen der Billigkeit geboten erscheinen kann, sieht das Gesetz von vorheriger Kündigung ab und läßt den Austritt des Handlungsdieners zu auch vor der beim Engagement bestimmten Zeit und ohne daß der Ablauf eines Kalendervierteljahres abgewartet werden müßte, ebenso gestattet es unter Umständen die Aufhebung des Lehrlingsverhältnisses ohne Rücksicht auf diejenige Zeitdauer, welche der Lehrvertrag oder der Ortsgebrauch bestimmen [1]).

Es fragt sich nun, kann eine solche Aufhebung von Seite des Betheiligten einseitig erfolgen, oder muß, wenn der andere Theil in die Aufhebung nicht einwilligt, der Richter angegangen werden? [2]).

Für letztere Ansicht läßt sich die praktische Rücksicht, daß solche Differenzen zweckmäßig sofort, nicht erst nach längerer Zeit bei Gelegenheit von Entschädigungsklagen, entschieden werden, der Wortlaut des Art. 62, welcher im Gegensatze zu Art. 61 nicht sagt, das Dienstverhältniß könne von den Parteien aufgehoben, sondern es könne dessen Aufhebung verlangt werden, endlich aber auch der Umstand anführen, daß die Protokolle (S. 102) stets von Anträgen auf Auflösung des Dienstverhältnisses sprechen [3]).

---

[1]) Ein zum Voraus abgegebener Verzicht auf dieses Kündigungsrecht wird als rechtsunwirksam angesehen werden müssen. Vgl. oben S. 435 Note 2.

[2]) Vgl. Busch, Archiv des d. Handelsrechtes Bd. I S. 278.

[3]) Koch wendet (deutsche Gerichtszeitung von 1863 S. 162) ein, die obige Ansicht widerstreite aller Analogie; allein gerade die Analogie des Art. 125 spricht dafür. Ohne diese Auffassung läßt sich auch die von Hahn bemerkte äußerst zweckmäßige Befugniß des Richters, die Auflösung des Dienstverhältnisses nach einer gewissen angemessenen Zeit eintreten zu lassen, nicht zur Geltung bringen.

Andererseits lassen die Motive zum Pr. Entwurfe annehmen, daß das Gesetz in allen Fällen eine einseitige Aufhebung des Dienstverhältnisses gestatten wollte, und daß die Frage, ob zu solcher Aufhebung ein genügender Grund vorliege, erst im Falle der andere Theil sich nicht fügen will oder später auf Entschädigung Anspruch macht, der richterlichen Entscheidung unterstellt werden soll [4]).

Jedenfalls muß jedem Theile das Recht eingeräumt werden, das Verhältniß faktisch sofort lösen zu dürfen; der Prinzipal, welcher seinen Kommis auf einer Unterschlagung betritt, kann ihn augenblicklich aus dem Laden und dem Hause entlassen; der Lehrling, welcher mit Schlägen traktirt wird, kann sich ohne Weiteres entfernen; allein es wird immerhin zweckmäßig sein, wenn der Austrag der Sache nicht verschoben, sondern falls der schuldige Theil nicht freiwillig mit der Beendigung des Dienstverhältnisses sich einverstanden erklärt, sofort der Richter um einen Ausspruch über die Berechtigung angegangen wird [5]).

2) Die Vielgestaltigkeit des Lebens läßt es nicht zu, diejenigen Gründe bestimmt anzugeben, welche zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses vor der Zeit berechtigen. Es hat deshalb das Handelsgesetzbuch die Beurtheilung der Frage, ob diese oder jene Thatsache wichtig genug sei, um daraufhin gegen den Vertrag oder ohne Kündigung und vor Ablauf des Vierteljahres das Verhältniß aufzulösen, dem billigen Ermessen des Richters anheimgestellt.

Als Beispiele sind die in Art. 63 und 64 genannten Thatsachen aufgeführt [6]), und es ist zu bemerken, daß bei den hier bezeichneten Gründen nicht mehr das Ermessen des Richters in Frage kommt, vielmehr, wenn ein solcher Grund vorliegt, dann auch unter allen Umständen die Auflösung des Dienstverhältnisses vom Richter als berechtigt anerkannt werden muß [7]).

---

4) Diese Ansicht ist vertreten in dem Erk. des Berliner Obertribunals vom 7. Dezember 1865 in Busch Archiv Bd. IX S. 127. Vgl. auch die Abhandlungen ebendaselbst Bd. III S. 248 u. 458.

5) Es wird ein solcher Schritt schon deshalb nöthig sein, weil außerdem unter Umständen eine Kollision mit den Polizeivorschriften eintreten kann, welche eigenmächtiges Verlassen des Dienstes und der Lehre verbieten.

6) Vgl. über den Nichteintritt der Voraussetzung bei Abschluß des Engagements die Erläut. zu Art. 63 Nr. 3 und Art. 64 Nr. 5.

7) In den Protok. (S. 101) ist dieß zwar nur hinsichtlich des Art. 64 ausdrücklich ausgesprochen worden; allein es ist kein Grund abzusehen, weshalb in dieser Richtung der Prinzipal mehr Rechte haben solle, als der Gehülfe. Dagegen v. Hahn S. 165.

Dagegen bleibt auch hier das billige Ermessen des Richters darüber maßgebend, ob einer der bezeichneten Gründe vorhanden sei; wenn daher z. B. einmal konstatirt ist, daß ein Kommis sich einem unsittlichen Lebenswandel ergebe, muß der Richter auf Verlangen des Prinzipals die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses aussprechen; ob aber die Lebensweise des Kommis eine unsittliche sei, ist von dem Richter nach billigem Ermessen zu entscheiden.

3) Ueber die Folgen einer einseitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit, wenn ein gewichtiger Grund hiezu nicht vorliegt, hat das Handelsgesetzbuch sich nicht ausgesprochen [8]).

Es fragt sich nun vor Allem, kann in einem solchen Falle auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses geklagt oder kann lediglich Schadensersatz begehrt werden?

Dafür, daß nur diese letztere Forderung erhoben werden könne, läßt sich anführen, daß das zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen bestehende Rechtsverhältniß nicht ein bloßes Schuldverhältniß ist, sondern in das Familienrecht hinüberstreift, daß die frühere Praxis [9]) die Klage auf Wiedereintritt in den Dienst nicht zuließ, und daß auch bei den Berathungen bezüglich der durch unbegründete Auflösung des Dienstverhältnisses veranlaßten Ansprüche stets nur von Entschädigung gesprochen wurde [10]). Dennoch wird die entgegengesetzte Meinung als die richtigere angesehen werden müssen.

Die erste und hauptsächlichste Wirkung eines jeden Vertrages besteht in der Verpflichtung der Kontrahenten zur Erfüllung (fr. 2 §. 2 D. de O. et A. 44, 7), also zur Leistung desjenigen, was die besondere Verabredung unter den Parteien mit sich bringt, und was nach der rechtlichen Natur der Vereinbarung mit Rücksicht auf Treue und Glauben als Verbindlichkeit der Vertragschließenden angesehen werden muß.

Demzufolge ist also auch bei dem Dienstvertrage vor Allem die Erfüllung Gegenstand der Forderung gegen den Vertragsbrüchigen, und es kann unzweifelhaft auf diese Erfüllung geklagt werden [11]).

---

[8]) Prot. S. 101; ein wiederholter Antrag (Prot. S. 112), den Gehalt für zwei Vierteljahre als Schadensbetrag auf beiden Seiten festzusetzen, fiel mit Stimmengleichheit (Prot. S. 108).

[9]) Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 164.

[10]) Vgl. auch die bei Berathung des Art. 532 vorgekommenen Aeußerungen (Prot. S. 1772), wonach der hier statuirte Zwang zum Dienen als Ausnahme von der Regel hingestellt wurde.

[11]) Eine weitere wichtige Konsequenz ist, daß durch freiwilligen Wiedereintritt oder

Dem Begriffe des Dienstvertrages gemäß besteht aber die Erfüllung auf Seite des Dienstherrn in der Leistung des zugesicherten Salairs und Gewährung der versprochenen pekuniären Vortheile (Kost, Logis u. s. w.). Auf dieses hat der unrechtmäßigerweise oder vorzeitig entlassene Kommis Anspruch. Der Lehrherr hat dagegen vertragsgemäß die Verpflichtung, den Lehrling zu unterrichten, im Geschäfte so zu verwenden und zu beschäftigen, daß derselbe zu dem gewählten Berufe fähig und geschickt wird, und wenn seiner Weigerung ein rechtlicher Grund nicht zur Seite steht, kann er deshalb allerdings angehalten werden, den Lehrling im Geschäfte und im Hause zu behalten [12]) und ihn angemessen zu behandeln.

Dem Gehülfen gegenüber besteht aber für den Dienstherrn keine Pflicht, sich Dienste leisten zu lassen; der wenn auch mit Unrecht entlassene Kommis kann deshalb nicht auf Wiedereintritt in das Geschäft klagen; denn seine Arbeit ist lediglich die Gegenleistung für die Leistung des Dienstherrn und auf die Gegenleistung kann jeder Kontrahent verzichten [13]). Es mag hierbei vorkommen, daß der Handlungsdiener ein Interesse [14]) daran hat, seine Dienste gerade diesem Dienstherren leisten zu dürfen; allein dieß berechtigt ihn allenfalls zur Forderung eines Ersatzes für entgangenen Gewinn neben dem positiven Schaden, den er erleidet, niemals aber kann eine gerichtliche Nöthigung des Prinzipals, einen Gehülfen zu behalten, rechtlich zulässig sein.

Auf Seite des Handlungsdieners besteht hingegen die in Folge des Dienstvertrages zu erfüllende Leistung in seiner Arbeit, und letztere kann daher vor Allem klageweise gefordert werden [15]). Hinsichtlich des

---

freiwillige Wiederaufnahme die Schadensforderung nur für die verflossene Zeit bestehen bleibt, der Gegentheil aber nicht diese Erfüllung ablehnen und wegen des einmal gebrochenen Vertrages die volle Entschädigung begehren darf. Ob unter Umständen ein unberechtigtes Austreten aus dem Dienste nicht einen triftigen Grund zur Auflösung des Verhältnisses geben könne, ist natürlich eine andere Frage.

12) Der ersprießliche Unterricht läßt sich nun freilich gerichtlich nicht erzwingen; der Lehrherr also, welcher den Vertrag nicht mehr halten will, wird praktisch wohl stets auf Entschädigung zu belangen sein.

13) Vgl. Sammlung handelsger. Entscheid. in Bayern Bd. II S. 299. Ebenso das Berliner Obertribunal in Busch Archiv Bd. VII S. 218.

14) Z. B. es ist ihm eine Stelle als Kassier mit gutem Salair zugesichert, wenn er sein auf zwei Jahre eingegangenes Engagement bei J. C. Cnopf in Nürnberg zur Zufriedenheit beendigt haben wird.

15) In wie weit persönlicher Zwang von Seite des Gerichtes in der Exekutions-

Lehrlings ließe sich behaupten, daß dessen Leistung in der Bezahlung des bedungenen Lehrgeldes gelegen sei und mit Entrichtung desselben jeder weitere Anspruch des Lehrherrn hinwegfalle. Allein dieß wäre dem wirklichen Leben nicht entsprechend.

Die Gegenleistung gegen die vom Prinzipal zu gewährende Ausbildung im Geschäfte besteht nemlich regelmäßig nicht nur in der ihm werdenden Zahlung (es gibt viele Fälle, in denen ein Lehrgeld gar nicht gezahlt wird), sondern daneben darin, daß die jungen Leute, welche im Geschäfte lernen, zwar nicht im Anfange, wo sie vielleicht mehr stören und aufhalten, wohl aber in der späteren Zeit der Lehre, dem Prinzipal wesentliche Dienste leisten und eine Erleichterung im Geschäfte gewähren. Dem Prinzipal kann daher rechtlich nicht verwehrt sein, auf Wiedereintritt des unbefugt ausgebliebenen Lehrlings zu klagen [16]).

Nach den bisher erörterten Prinzipien bemißt sich denn auch die Höhe der zu leistenden Entschädigung, wenn der vertragstreue Kontrahent nicht auf der Erfüllung bestehen will, oder ein gerichtlicher Zwang zur effektiven Leistung nicht zum Ziele führt. Dieselbe begreift den Ersatz des Werthes alles desjenigen, was die geschuldete Leistung ausmacht.

Der Prinzipal hat also dem unrechtmäßiger Weise entlassenen Handlungsdiener das Salair, dann Kost, Logis u. s. w. entweder in Natur [17]) oder einen angemessenen Ersatz dafür auf diejenige Zeit zu gewähren, welche er ihn im Dienste zu behalten hatte [18]); der ohne Grund fortgeschickte Lehrling kann Zahlung des Betrages verlangen, welcher nothwendig ist, um anderweitig die Lehre zu vollenden, wobei jedoch der Lehrherr das Lehrgeld, welches er selbst zu erhalten hatte, abzuziehen berechtigt ist.

Andererseits hat der Dienstherr Anspruch auf Bezahlung desjenigen Mehrbetrages, welchen er aufwenden muß, um an Stelle des unberechtigt

---

instanz angewendet werden kann, ist nach den einschlagenden Prozeßgesetzen zu entscheiden.

[16]) Bei Lehrlingen findet meistens auch polizeilich Zurückführung in die Lehre statt, wenn der Lehrherr darauf besteht.

[17]) In dieser Hinsicht wird der Richter offenbare Chikanen abschneiden müssen; so wurde in einem Falle nicht zugelassen, daß der Prinzipal dem Kommis in einer entlegenen Vorstadt ein Zimmer miethete und ihm Frühstück, Mittagskost und Abendbrod in drei von einander weit entfernten anrüchigen Wirthschaften anwies.

[18]) Ueber etwaige weitere Ansprüche vgl. oben Note 14; dann über Limitationen unten S. 445 ff.

ausgetretenen Kommis eine vollkommen entsprechende Kraft für das Geschäft zu gewinnen. Der Kommis kann nicht etwa einwenden, seine eigene Thätigkeit sei eine so unbedeutende und werthlose, daß dieselbe wohlfeiler zu ersetzen gewesen wäre[19]); wohl aber wird auch hier der Richter ein offenbares Uebermaß zu mindern haben. Wenn z. B. der im Laden verwandte Kommis, welcher monatlich 30 fl. bezog, unberechtigt austritt, kann der Prinzipal statt desselben nicht etwa einen vorzüglichen Buchhalter mit 100 fl. Monatsgage anstellen.

Der Mehrbetrag muß für diejenige Zeit ersetzt werden, welche der Kommis ordnungsgemäß noch hätte dienen müssen, regelmäßig also für das laufende und das nächstfolgende Quartal; doch kann unter Umständen dem Dienstherrn auch eine Entschädigung dafür gebühren, daß er durch Schuld des unberechtigt ausgetretenen Gehülfen nun auf längere Zeit hinaus eine größere Ausgabe zu machen hat.

Es kann aber auch der Prinzipal, falls er die Dienste des Ausgetretenen durch gesteigerte eigene Arbeitsleistung ersetzt, eine entsprechende Vergütung für sich in Anspruch nehmen, welche regelmäßig in dem Betrage des Salairs bestehen wird, welches der Kommis selbst erhalten haben würde[20]).

Auch anderweitiger Schaden oder entgangener Gewinn, welchen der unberechtigte Austritt bewirkt, z. B. wegen Störung des Geschäftes oder momentaner Verhinderung einer vortheilhaften Unternehmung u. dgl., kann unter Umständen zu ersetzen sein.

Die Existenz eines solchen außergewöhnlichen Schadens muß vom Prinzipal nachgewiesen werden; dagegen liegt ihm hinsichtlich der zuerst erwähnten Ansprüche in dieser Beziehung kein Beweis ob[21]). Auch ist die Einrede nicht zuzulassen, daß im Geschäfte ohnehin in der Zeit, während welcher der Gehülfe fortblieb, nichts zu thun gewesen sei, und deshalb der vorzeitige Austritt das Interesse des Prinzipals nicht verletzt habe[22]). Desgleichen kann dem Handlungsgehülfen nicht gestattet werden, den Ersatz

---

[19]) Dagegen kann der Kommis, wenn der Prinzipal statt seiner etwa einen wohlfeileren Gehülfen anstellt, natürlich Nichts heraus begehren.

[20]) Vgl. den Vorschlag oben S. 49 Note 8.

[21]) Er hat lediglich darzuthun, daß der Gehülfe engagirt war und ausgetreten ist; behauptet der Gehülfe, rechtzeitig gekündigt zu haben, oder behauptet einen gewichtigen Grund, weshalb er ohne Kündigung austreten durfte, so liegt ihm darüber der Beweis ob.

[22]) Erk. des k. HAG. zu Nürnberg vom 14. Februar 1867 (Würzburg Reg.-Nr. 191).

dadurch zu leisten, daß er an seiner Stelle einen anderen Gehülfen stellt. Nimmt freilich der Prinzipal eine solche Substitution an, dann kann er nachträglich keine Einwendung mehr erheben; allein gegen den Willen desselben kann das rein persönliche Verhältniß zwischen Dienstherrn und Gehülfen nicht übertragen werden.

Was den Lehrling betrifft, so wird nach den Umständen zu entscheiden sein, ob das Lehrgeld nur für die bereits abgelaufene oder für die ganze Lehrzeit entrichtet werden muß. Als Regel muß das letztere angenommen werden, denn, wie bereits oben bemerkt, ist zwischen den ersten und späteren Lehrjahren ein erheblicher Unterschied hinsichtlich der Leistungen des Lehrlings, und man wird deshalb, soferne nicht ausdrücklich ein Anderes vereinbart ist, davon ausgehen müssen, daß das Lehrgeld für die ganze Lehrzeit als Ganzes gedacht war, und wenn dasselbe auch in jährlichen oder halbjährlichen gleichen Raten bezahlt wird, doch die ersten Beträge eigentlich erheblich höher sein sollten und nur mit Rücksicht auf die späteren in der gleichen Höhe bemessen sind[23]).

Hinsichtlich der neben dem Lehrgelde dem Prinzipal entgehenden Dienstleistungen hat der Richter ein billiges Aequivalent zuzusprechen[24]).

Es kann schließlich noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht der Anspruch des Handlungsgehülfen im Falle unberechtigter Auflösung des Dienstverhältnisses Seitens des Prinzipals dadurch gemindert wird, daß dem Gehülfen inzwischen Gelegenheit geboten war, in ein anderes Dienstverhältniß unter gleichen Bedingungen einzutreten, er aber diese Gelegenheit ohne triftigen Grund unbenützt gelassen hat.

Im Allgemeinen muß diese Frage bejaht werden[25]); es würde gegen

---

[23]) Erk. des Nürnberger Handelsappellationsgerichtes in der Sammlung Bd. II S. 95 und 96.

[24]) In dieser Hinsicht wird man nicht zu weit gehen dürfen; wenn die Lehrzeit bereits länger gedauert hat, so entzieht der unberechtigt austretende Lehrling allerdings dem Lehrherrn eine nicht werthlose Dienstleistung. Wenn aber z. B. der Prinzipal einen Vertrag geschlossen, wonach er den N. auf sechs Jahre in die Lehre nimmt ohne Lehrgeld, (so daß die Vergütung für das Lehren nur in der Dienstleistung liegt) und der Lehrling tritt gar nicht ein, so wird der Prinzipal kaum eine erhebliche Entschädigung begehren können, da von ihm die Leistung für die entgehende Gegenleistung des Vertragsbrüchigen noch gar nicht geschehen ist.

[25]) Ein Erk. des Dresdener App.-Ger. in Busch Archiv Bd. V S. 258 bemerkt, daß gegen Ausdehnung dieses Grundsatzes auf andere als Gesindedienste Bedenken bestehen, ohne dieselben näher auszuführen.

Treue und Glauben verstoßen, wenn der Gehülfe sich seine Arbeit doppelt bezahlen ließe. Doch ist es Sache des Prinzipals, nachzuweisen, daß dem entlassenen Gehülfen eine annehmbare Stellung gleicher Art[26]) wie die aufgegebene, offen gestanden hätte, wobei das Ermessen des Richters nach Erwägung aller Umstände entscheiden muß, ob wirklich ein Versäumniß des entlassenen Gehülfen in der Mitte liege, und die offene Stelle seinem Interesse völlig entsprochen hätte[27]). Jedenfalls muß der Prinzipal ein bestimmtes Engagementsanerbieten anzuführen wissen, die allgemeine Behauptung, daß „es Stellen genug gebe" u. dgl., ist nicht zuzulassen; auch bleibt dem Gehülfen immerhin ein Anspruch wegen der erlittenen Störung seiner Existenz und der auf Erlangung einer neuen Stelle aufgewandten Mühe.

Art. 63.

Gegen den Prinzipal kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden, wenn derselbe den Gehalt oder den gebührenden Unterhalt nicht gewährt, oder wenn er sich thätlicher Mißhandlungen oder schwerer Ehrverletzungen gegen den Handlungsgehülfen schuldig macht.

Pr. E. Art. 61 Abs. 3. I. E. Art. 61 Abs. 3. II. E. Art. 62 Prot. S. 102, 964.

1) Drei Gründe führt das Gesetzbuch ausdrücklich auf, aus welchen gegen den Prinzipal die Auflösung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden soll: Nichtgewährung des Gehaltes und Unterhaltes, thätliche Mißhandlungen, schwere Ehrverletzungen.

a) Unter Gehalt und Unterhalt ist alles Dasjenige zu verstehen, was der Prinzipal als Gegenleistung vertragsmäßig zu gewähren hat. (Vgl. oben S. 434 ff.). Nicht blos der Rückstand des Salairs berechtigt also den Gehülfen zur außerordentlichen Kündigung, sondern wenn z. B. bei dem Engagement eines Kommis zugesichert worden sein sollte, daß demselben

---

[26]) Dem Prokuristen kann nicht zugemuthet werden, als Ladendiener zu fungiren u. dgl.

[27]) Z. B. der Berliner Prinzipal will seinem Disponenten zumuthen, in Burtehude eine der Art nach gleiche Stelle, als die ihm entzogene, anzunehmen.

ein eigenes Zimmer eingeräumt werden würde, und der Prinzipal wollte ihm zumuthen, im Gesindezimmer zu schlafen, so fiele dieß unzweifelhaft unter die Bestimmung des Art. 63.

Die Entscheidung darüber, ob eine Nichtgewährung in einem gegebenen Falle vorhanden sei, ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, weshalb sowohl die bei der Berathung zuerst vorgeschlagenen [1]) Worte „auf Anfordern" weggelassen wurden, als auch die Fassung des Entwurfes erster Lesung „wenn derselbe mit Entrichtung des Gehaltes im Verzuge ist" geändert worden ist [2]). Der Richter wird aus den Umständen zu entnehmen haben, ob nur eine Vergeßlichkeit oder eine Verweigerung des Gehaltes und Unterhaltes vorliegt. Deshalb, weil das Salair nicht sofort am 1. des Monates ausbezahlt wurde, wird der Dienstaustritt nicht wohl gerechtfertigt sein; wohl aber kann unter Umständen eine öfters sich wiederholende Verspätung des Gehaltes, durch welche der Gehülfe in Verlegenheit und Weiterungen z. B. seinem Miethsherrn gegenüber geräth, als Aufhebungsgrund des Dienstverhältnisses anzusehen sein. Ebenso ist es Sache billiger Erwägung, ob in der Art und Weise, wie ein Gehülfe behandelt wird, wirklich eine Nichtgewährung des Unterhaltes liegt. Hiernach entscheiden sich die in der Praxis nicht selten vorkommenden Fälle, wenn z. B. der Prinzipal bei strenger Kälte das Komptoir so wenig heizen läßt, daß die Gesundheit seines Personales gefährdet erscheint, oder wenn er dem Lehrlinge eine Kost gibt, welche den gewöhnlichen Anforderungen des Standes nicht genügt [3]).

b) Unter die „thätlichen Mißhandlungen" werden nicht blos eigentliche Angriffe auf den Körper, sondern auch ein der Gesundheit absolut schädliches Verhalten einzureihen sein. Hierher gehört unter Anderem die Zumuthung einer gefährlichen Arbeit, Ueberbürdung mit allzu anstrengenden Beschäftigungen u. dgl.

---

[1]) Prot. S. 102.

[2]) Prot. S. 964.

[3]) In einem Falle war ärztlich bestätigt, daß ein Lehrling Hände und Füße, Nasen und Ohren erfroren hatte; der Lehrherr wandte ein, er selbst und ein Kommis hätten sich in demselben Lokale aufgehalten, ohne Schaden zu leiden, das leichtere oder wenig leichte Erfrieren der Gliedmaßen rühre von besonderer Blutdisposition her, weshalb der Lehrling seine Zeit aushalten oder Entschädigung leisten müsse. Das Handelsappellgericht zu Nürnberg gab dieser Einrede nicht statt, sondern sprach in der Erwägung, daß dem Lehrlinge die Fortsetzung einer seiner Gesundheit gefährdenden Lebensweise nicht zugemuthet werden könne, die Auflösung des Verhältnisses aus.

Aber auch eine durch die Verhältnisse veranlaßte Beeinträchtigung der körperlichen Wohlfahrt mag unter Umständen als ein Fall des Art. 62 erachtet werden.

Wenn z. B. die Arbeitslokalitäten so finster sind, daß sie auch bei Tag mit Gas beleuchtet werden müssen, dem Buchhalter aber, der an den Augen leidet, wird vom Arzte erklärt, er stehe bei fernerer Fortsetzung beständiger Lichtarbeit in Gefahr, blind zu werden, so wird die Auflösung des Dienstverhältnisses nicht verweigert werden können.

Das Gesetz spricht eigentlich nur von einem Verschulden des Prinzipals; allein hieraus darf nicht gefolgert werden, daß der Gehülfe sich nur dann auf den Art. 63 berufen dürfe, falls er von dem Prinzipal in Person mißhandelt wurde. Wenn derjenige, welcher anstatt des Eigenthümers das Geschäft führt, der Disponent, Prokurist u. s. w. sich eine der im obigen Artikel erwähnten Handlungen zu Schulden kommen läßt, so wird an sich nicht gezweifelt werden können, daß dem Gehülfen das Recht der außerordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses zustehe. Aber auch für das Benehmen der zu seiner Familie gehörigen sowie der übrigen in seinem Dienste stehenden Personen wird nach Lage der Dinge der Prinzipal einzustehen haben[4]). Wenn z. B. ein älterer Kommis in Anwesenheit des Chefs den Lehrling mit Schlägen traktirt, ohne daß der Prinzipal abwehrt, oder wenn die Beschwerden eines Gehülfen wegen Mißhandlungen durch die Mitgehülfen unberücksichtigt bleiben, so wird der Richter nicht auf Fortsetzung dieses Verhältnisses erkennen.

Wenn dagegen ohne Wissen und Willen des Prinzipals Mißhandlungen des Gehülfen vorkommen, gegen deren Wiederkehr demselben Schutz geboten wird, so kann der Artikel 63 keine Anwendung finden.

Da das Gesetz den Ausdruck körperliche Mißhandlung ganz absolut gebraucht, so fällt auch die körperliche Züchtigung im Allgemeinen unter denselben. Daß die Befugniß zu einer solchen dem Prinzipal gegen die eigentlichen Kommis und Ladendiener nicht zustehe, ist ohnehin klar. Was die Lehrlinge betrifft, so hat — wie ein Erkenntniß des Handelsappellgerichtes zu Nürnberg (vom 14. Dezember 1864, Fürth, Reg.-Nr. 28) sich ausdrückt — der Lehrherr allerdings das Recht und die Pflicht der väterlichen Aufsicht über den noch der Erziehung bedürftigen und auch zu diesem Behufe, nicht blos zur Erlernung der Kaufmannschaft ihm anver-

---

[4]) Vgl. die Entscheidungen des Darmstädter Hofgerichtes in Busch Archiv Bd. VIII S. 177.

trauten jungen Mann. Allein daraus folgt noch nicht die Befugniß zu körperlicher Züchtigung. Andererseits kann auch nicht eine jede durch das Verhalten eines Lehrlings hervorgerufene unbedeutende Handgreiflichkeit des Prinzipals, z. B. ein Stoß oder unerheblicher Schlag u. dgl., unter allen Umständen als körperliche Mißhandlung betrachtet werden.

c) Nur schwere Ehrverletzungen nennt das Gesetz. Belehrung und Tadel, wenn auch in ungeeigneter Form, spitzige Bemerkungen, selbst eine harte Redensart, berechtigen den Gehülfen noch nicht, den Dienst zu verlassen.

Dagegen würden unsittliche Zumuthungen unzweifelhaft hieher gehören, und zwar gleichviel, ob diese vom Prinzipal selbst ausgehen oder ob derselbe gegen die Ungehörigkeiten Anderer keinen Schutz gewähren kann oder will. Ebenso wird der Gehülfe nicht gezwungen werden können, in einem Hause zu bleiben, noch weniger der Vater, seinen Sohn in einem solchen in der Lehre zu lassen, falls gegründeter Anlaß vorliegt, den Aufenthalt aus moralischen Gründen für absolut schädlich anzusehen; z. B. wenn skandalöse Familienzwistigkeiten obwalten, ein liederliches Leben geführt wird u. dgl. [5]).

2) Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die Aufzählung des Artikels nur exemplifikativ ist, und daß auch aus anderen Gründen der Gehülfe vor der bestimmten Zeit Auflösung des Dienstverhältnisses fordern darf. Es kann jedoch hier nicht versucht werden, eine das Gesetz ergänzende umfassende Kasuistik zu entwickeln. Einige wichtigere Fälle, z. B. der Tod des Prinzipals und die Uebertragung des Geschäftes auf einen Anderen, sind bereits am geeigneten Orte behandelt.

Ein anderer nicht selten vorkommender Fall mag noch Erwähnung finden: der Fall, daß der Gehülfe durch Fortsetzung des Dienstverhältnisses gehindert wäre, eine sich ihm darbietende Gelegenheit zur selbständigen Etablirung zu benützen. Hier ist zu unterscheiden: würde wirklich ohne sofortigen Austritt die Gelegenheit absolut verloren gehen, dann freilich wäre ein dringender Grund zur Auflösung vor der Zeit gegeben; bloße Unbequemlichkeit oder unangenehme Verzögerung dagegen wird nicht berechtigen, wider den Willen des Prinzipals vor dem gesetzlichen Ziele den Dienst zu verlassen. Sollte aber in diesem letzteren Falle ein Vertrag in der Mitte liegen, welcher den Gehülfen auf längere Zeit hinaus bindet, so wird der

---

[5]) Man muß hier besonders an längere Engagements denken; außerdem wird, von den seltensten Ausnahmefällen abgesehen, die gewöhnliche Kündigung genügen.

Richter allerdings unter Umständen wenigstens auf Abkürzung der Dienstzeit erkennen dürfen.

3) Am schwierigsten in der praktischen Anwendung sind die Fälle des Nichteintrittes einer Voraussetzung, von welcher bei Abschluß des Dienstverhältnisses ausgegangen wurde.

Insofern eine eigentliche Nichterfüllung des Vertrages Seitens des Prinzipals vorliegt, ist die Sache weniger zweifelhaft. Wenn also das Geschäft aufgegeben oder geschlossen wird, ohne daß der Prinzipal seine Leute entläßt, und der Gehülfe oder Lehrling will sich nicht mit der Gewährung des Gehaltes und Unterhaltes begnügen, sondern fürchtet das längere Unbeschäftigtsein, so kann von dieser Seite die Auflösung des Dienstverhältnisses unzweifelhaft begehrt werden[6]).

Desgleichen wird eine solche Aufhebung verlangt werden können, wenn entweder das Geschäft offenbar ein solches nicht ist, worin der Gehülfe seinen bisherigen Stellungen nach zu serviren gewohnt war[7]), oder wenn dasselbe nachträglich sich ganz verändert, oder auch wenn der Prinzipal den Gehülfen nicht entsprechend beschäftigt. In letzterer Beziehung darf aber nicht zu weit gegangen werden; es ist bereits oben (Art. 57 Ziff. 6) bemerkt, daß auch die Leistung mechanischer Dienste unter Umständen dem Gehülfen und Lehrlinge obliegt; der Richter wird daher zu prüfen haben, ob die ganze Art und Weise der Verwendung Seitens des Prinzipals eine ordentliche ist, ob insbesondere bei Lehrlingen die Beschäftigung als eine solche erscheint, bei welcher der junge Mensch das Geschäft genügend erlernen kann[8]).

---

[6]) Eine Klage auf Gewährung von Arbeit ist, wie oben S. 442 erörtert, unzulässig.

[7]) Vorausgesetzt, daß ihm dieß bei Eingehung des Vertrages verheimlicht wurde.

[8]) Das vernünftige Ermessen der Sachverständigen wird hier selten fehl gehen; praktische Handgriffe, Waarenkunde u. dgl. lernt man nur im streng mechanischen Dienste, nicht am Pulte. Das k. Handelsappellationsgericht zu Nürnberg hat in einem Falle, in welchem ein Lehrling deswegen aus der Lehre treten wollte, weil er zum Nähen von Hopfensäcken verwendet worden war, (Schweinfurt Reg.-Nr. 32) ausgesprochen: „wenn auch N. N. zeitweise zum Nähen von Hopfensäcken in dem Hopfengeschäfte des A. verwendet wurde, so folgt hieraus doch keineswegs, daß letzterer seinen Lehrling nicht ordnungsgemäß in der Kaufmannschaft unterrichtet habe. Dergleichen mit dem Geschäfte, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar im Zusammenhange stehenden Diensten kann sich der Lehrling nicht entschlagen; jedenfalls gibt eine solche Verwendung, wenn sie nur zeitweise geschieht, keinen genügenden Grund zur sofortigen Auflösung des Lehrvertrages.“ Anders wäre es, wenn ein Lehrling immer oder größtentheils zu derartigen Diensten verwendet würde.

Fühlt sich der Gehülfe nur in seinen Hoffnungen getäuscht, oder findet er seinen Erwartungen nicht entsprochen u. dgl., so bildet dieß keinen Grund, vor der Zeit sein Dienstverhältniß zu lösen; es muß ihm überlassen bleiben, so bald als möglich zu kündigen.

4) Daß der Tod des Prinzipals an und für sich die Aufhebung des Dienstverhältnisses nicht hervorruft[9]), folgt aus dem Grundsatze der Vererblichkeit der Obligationen. Wenn jedoch die Persönlichkeit des Prinzipals ein Hauptmotiv zur Eingehung des Vertrages gewesen ist, kann nach dem unter Nr. 3 Erörterten allerdings die Auflösung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden.

Das Gleiche ist der Fall bei dem „Tode des Geschäftes" z. B. bei freiwilligem Aufgeben desselben durch den Inhaber oder beim Concurs desselben[10]). Auch hier haben die Gehülfen an sich Anspruch auf das Salair u. s. w. für die regelmäßige Zeit ihres Dienstverhältnisses, allein das Gericht kann unter Umständen, namentlich bei länger hinaus währenden Engagements, darin einen hinlänglichen Grund zur Auflösung des Vertrages finden.

Geht das Geschäft auf einen anderen Inhaber über, so bleibt das Dienstverhältniß mit dem früheren Prinzipal bestehen; wie schon oben (S. 424) bemerkt, hat weder der neue Erwerber die Gehülfen als von ihm engagirt zu übernehmen, noch müssen die Gehülfen ihre Dienstzeit bei dem neuen Erwerber aushalten; dieß ergibt sich aus der Unübertragbarkeit der Obligationen.

Dagegen steht den Gehülfen aus dem Vertrage des früheren Prinzipals mit dem neuen Erwerber, wonach dieser sich verpflichtet, die Engagements mit zu übernehmen, unzweifelhaft ein Klagerecht zu[11]), und andererseits wird dem Gehülfen, welchen der neue Prinzipal mit übernehmen will, falls er hierauf nicht eingehen mag, ein weiterer Anspruch auch gegen seinen früheren Prinzipal nur dann zustehen[12]), wenn der Gehülfe gewichtige Gründe vorbringt, aus denen hervorgeht, daß er nicht aus bloßer Chikane den Uebertritt in den Dienst des neuen Erwerbers ablehnt.

---

[9]) v. Hahn, Kommentar S. 164. Busch im Archiv Bd. I S. 84.

[10]) Vgl. oben S. 433 Note 3.

[11]) Vgl. die Erl. zu Art. 23.

[12]) Nach den auf S. 445 entwickelten Sätzen.

Art. 64.

Gegen den Handlungsgehülfen kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden:

1) wenn derselbe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht;
2) wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht;
3) wenn derselbe seine Dienste zu leisten verweigert oder ohne einen rechtmäßigen Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unterläßt;
4) wenn derselbe durch anhaltende Krankheit oder Kränklichkeit oder durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an Verrichtung seiner Dienste verhindert wird;
5) wenn derselbe sich thätlicher Mißhandlungen oder erheblicher Ehrverletzungen gegen den Prinzipal schuldig macht;
6) wenn derselbe sich einem unsittlichen Lebenswandel ergibt.

Pr. E. Art. 61 Abs. 4. I. E. Art. 61 Abs. 4. II E. Art. 63. Prot. S. 102, 964.

ad 1.

a) Untreue im Dienst ist vorhanden, im Falle der Gehülfe sich eines Diebstahls, eines Betruges oder einer Unterschlagung schuldig macht; aber auch grobe Nachlässigkeit, mangelhafte und leichtsinnige Behandlung des Eigenthums des Prinzipals, insbesondere der Waaren, Geschäftsutensilien u. dgl., überhaupt ein Betragen des Gehülfen, durch welches das im Handelsgewerbe nothwendige Vertrauen des Prinzipals zu seinen Bediensteten und dieser unter einander gefährdet ist, gehört hierher. „Dieses [1]) Vertrauen kann durch ein Benehmen oder durch Handlungen erschüttert werden, die zwar vom Strafrichter nicht geahndet werden können, gleichwohl aber ein ferneres gedeihliches Zusammenwirken unmöglich machen."

In einem Rechtsstreite wurde als „Untreue" bezeichnet, daß der Reisende falsche Bestellungen eingesandt habe; dieses Verfahren wird als genügender Grund zur Dienstentlassung angesehen werden müssen [2]).

---

[1]) Aus einem Erk. des Nürnberger Handelsappellgerichtes abg. in der Sammlung Bd. I S. 224.

[2]) Ein instruktionswidriges Herumreisen des Reisenden, Vergnügungstouren

In einem anderen Falle, in welchem der Reisende sich weigerte, die für den Prinzipal vereinnahmten Gelder sofort nach der Rückkehr abzuliefern, indem er eine Gegenrechnung von künftig fällig werdendem Salaire machte, wurde dieses Verhalten für ein solches erklärt, welches den Prinzipal zur sofortigen Entlassung berechtige [3]).

b) Mißbrauch des Vertrauens liegt dann vor, wenn der Gehülfe die ihm vermöge seines Dienstverhältnisses zukommende Stellung zum Nachtheile des Prinzipals benutzt. Demnach fällt unter den Art. 64 nicht nur ein pflichtwidriges und gewissenloses Begünstigen der Gegenkontrahenten des Geschäftes, sondern auch das Verbreiten ungünstiger Nachrichten über die Geschäftsverhältnisse [4]), das Ausplaudern von Geschäftsvortheilen u. s. w. Ein besonders wichtiger hierher gehöriger Fall ist der Verrath von Fabrikgeheimnissen oder die Bekanntmachung besonderer, geheim gehaltener Gewerbeeinrichtungen [5]).

Endlich müssen unter die Dienstesuntreue und den Vertrauensmißbrauch auch diejenigen Fälle gerechnet werden, in welchen zwar die Dienstleistung nicht verweigert, wohl aber in völlig ungehöriger Art und zum offenbaren Nachtheile des Prinzipals vorgenommen wird.

ad 2.

In Bezug auf die Entscheidung der Frage, ob wirklich Betreibung von Handelsgeschäften Seitens eines Handlungsgehülfen vorliege, darf nicht allzustrenge verfahren werden. „Wenn der Kommis eines Banquiers einige Kisten Cigarren in Kommission nimmt", mag ihm der Prinzipal solches verbieten und allenfalls ihm kündigen; aber sofort und vor der Zeit ihn aus dem Dienste zu entlassen, dazu wäre offenbar kein genügender Grund vorhanden.

---

u. dgl. werden unter Umständen gleichfalls als Untreue erachtet werden müssen. Vgl. Sammlung handelsger. Entscheidungen in Bayern Bd. II S. 306 und das Berliner Erkenntniß bei Goldschmidt Bd. VIII S. 165.

[3]) Erk. des Berliner Obertribunals in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 164.

[4]) Die Wahrheit der Nachrichten entschuldigt ein solches Verfahren nicht; denn der Gehülfe hat keinerlei Pflicht, das Publikum zu warnen und keine Berechtigung, oft vorübergehende Kalamitäten durch Veröffentlichung zu einer Katastrophe zu steigern.

[5]) Vgl. das Züricher Erkenntniß in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 169.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß durch eine Entlassung auf Grund obiger Gesetzesbestimmung das dem Prinzipal nach Art. 59 und 56 zustehende Recht, in die Geschäfte des Gehülfen einzutreten oder Entschädigung von ihm zu fordern, nicht berührt wird.

ad 3.

Das Gesetz bedient sich des Ausdruckes „seiner Dienste", und deutet damit an, daß es unter diesem Aufhebungsgrunde die Versagung der vertragsmäßigen Obliegenheiten überhaupt begreift. Nicht jeder einzelne Ungehorsam berechtigt also zu sofortiger Auflösung des ganzen Dienstverhältnisses [6]). Doch kann nicht bezweifelt werden, daß unter Umständen auch die Verweigerung eines einzelnen Dienstes, wenn diese Renitenz von Bedeutung ist, dem Prinzipal ein Recht zu sofortiger Entlassung des Gehülfen oder Lehrlings geben könne.

Die Entschuldigung durch eine rechtmäßige Hinderungsursache ist im Gesetze als ein Grund, welcher die Verweigerung gestattet, mit Recht nicht aufgeführt; denn in dem Worte „verweigern" liegt schon mehr als das einfache Unterlassen [7]), es setzt dasselbe ein renitentes Versagen der Pflichterfüllung, eine Auflehnung gegen die Autorität des Prinzipals voraus, welche auch durch einen rechtmäßigen Hinderungsgrund nicht entschuldigt wird [8]).

Dagegen fällt der Gehülfe selbstverständlich nur dann unter Art. 64 Ziff. 3, wenn er Dienste verweigert, welche zu leisten ihm obliegt. Die Abweisung einer Zumuthung von Dingen, welche außer dem Kreise seiner Verpflichtung gelegen sind, kann ihm nicht zum Nachtheile gereichen [9]).

Dem Falle des Ungehorsams, der Verweigerung der Dienstleistung stellt das Gesetz den Unfleiß, die einfache Unterlassung der Dienstleistung an die Seite. Hier schließt natürlich das Vorhandensein eines rechtmäßigen

---

6) So hat das Berliner Stadtgericht (Goldschmidt Bd. VIII S. 167) die Weigerung eines Reisenden, einen Brief zu schreiben, für zu geringfügig erklärt, um unter Art. 64 Ziff. 3 subsumirt werden zu können.

7) Vgl. oben S. 285.

8) Wenn der Kommis, welchem aufgetragen wird, schleunigst ein dringendes Geschäft vorzunehmen, bedauert, wegen seiner verwundeten Hand den Auftrag nicht vollziehen zu können, so „weigert" er sich nicht. Falls er aber sich auf die Erklärung beschränkt: „das thue er nicht, er möge nicht", so ist er hierzu ungeachtet seiner kranken Hand nicht befugt.

9) Vgl. Art. 57 Nr. 6.

Hinderungsgrundes die Strafbarkeit aus, denn darin liegt eben kein Mangel an Fleiß und an gutem Willen vor.

Ob ein Hinderungsgrund rechtmäßig sei, hat der Richter in Erwägung aller Umstände zu entscheiden; die Entschuldigung aber, „daß es im Geschäfte ohnehin Nichts zu thun gegeben habe", wird nicht zuzulassen sein [10]).

Das Gesetz nennt lediglich das vollständige Unterlassen der Dienstleistung; wenn ein Gehülfe die Dienste, welche ihm aufgetragen werden, leistet, aber dabei langweilig, verdrossen, langsam zu Werke geht, so sind diese Fälle der Trägheit nicht eigentlich darunter begriffen, sie können aber unter Umständen, wenn eine fortgesetzte, ganz ungewöhnliche Faulheit vorkommt, immerhin als wichtige Gründe zur Entlassung des Gehülfen berechtigen.

Die Unterlassung der Dienstleistung darf, wenn sie Anlaß zur Vertragsauflösung geben soll, nicht eine unerhebliche sein; ein einmaliges oder den Dienst nicht störendes kurzes Wegbleiben aus dem Geschäfte wird ohnehin ein vernünftiger Prinzipal nicht so hoch anrechnen. Andererseits muß nicht gerade eine langdauernde Versäumniß vorliegen, öftere, wenn auch kurze Nachlässigkeit [11]), selbst ein einmaliges Ausbleiben zu einer höchst dringenden Zeit, kann unter Umständen als erheblich anzusehen sein.

ad 4.

Vorübergehendes Unwohlsein des Gehülfen oder Lehrlings berechtigt den Prinzipal noch nicht, das Dienstverhältniß zu lösen; dagegen sowohl anhaltendes, als auch häufig wiederkehrendes, wenn auch kurzes, Kranksein d. h. Kränklichkeit. Was als „anhaltende Krankheit" anzusehen sei, ergibt sich aus einer Vergleichung mit Art. 60; eine unter sechs Wochen dauernde Krankheit wird in der Regel nicht unter Art. 64 Ziff. 4 subsumirt werden können. Eine erheblich länger als diese sechswöchentliche Frist dauernde Krankheit wird dagegen — ohne daß jedoch hierüber eine absolute Regel sich aufstellen läßt — allerdings im Allgemeinen als „anhaltend" erachtet werden müssen. Dabei kann es dem Prinzipal nicht benommen sein, das Dienstverhältniß sofort aufzulösen, wenn die Krankheit voraussichtlich eine anhaltende zu werden droht; nur hat er, wenn diese ohne Ver-

---

[10]) Dagegen kann dieser Umstand bei Beurtheilung der Frage von Einfluß sein, ob die Zeitdauer der Dienstesunterlassung eine erhebliche gewesen sei.

[11]) Einen Fall öfterer Versäumniß der angeordneten Komptoirzeit hat das Nürnberger Handelsappellgericht als Unbotmäßigkeit charakterisirt, vgl. Sammlung handelsger. Entscheid. Bd. II S. 301.

schulden des Gehülfen entstanden ist, nach Art. 60 für die ersten sechs Wochen demselben Gehalt und Unterhalt oder die Entschädigung hiefür zu gewähren.

Eckelhafte Körpergebrechen u. dgl. stehen der Kränklichkeit gleich, soferne sie erst im Laufe der Dienstzeit eintreten oder dem Prinzipal verheimlicht worden sind.

Nicht blos die Freiheitsstrafe, sondern auch die Abwesenheit des Gehülfen muß eine längere sein, wenn der Prinzipal deshalb das Verhältniß lösen will; ob die Abwesenheit eine freiwillige oder gesetzlich gebotene (z. B. Einrücken zum Militär) ist, erscheint ohne Einfluß. Vgl. oben zu Art. 60.

ad 5.

Die Limitationen, welche in Ziff. 2 und 3 des Art. 63 gemacht wurden, finden hier nicht Anwendung. Dem Prinzipal gegenüber kann selbstverständlich der Untergebene sich auch nicht den geringsten thätlichen Angriff oder beleidigenden Vorgang erlauben. Jedoch muß immerhin eine wirkliche Ehrverletzung vorliegen, und indem das Gesetz sich des Ausdruckes „erheblich" bedient, erscheint es ausgeschlossen, daß etwa eine spöttische Bemerkung, ein schlechter Witz und solche zwar ungehörige, aber nicht absolut das Dienstverhältniß störende Redensarten zur sofortigen Aufhebung des Vertrages genügen. Uebrigens wird hier der Richter mit aller Strenge zu verfahren haben, da ohne die nöthige Disziplin ein jedes Geschäft zu Grunde gehen muß.

Das Handelsappellationsgericht zu Nürnberg[12]) hat z. B. die sofortige Entlassung eines Lehrlings gebilligt, welcher sich dritten Personen gegenüber geäußert hatte: „das Geschäft meines Lehrherrn bedeutet Nichts, der macht im Tage keine drei Thaler, ja keine drei Pfennige." In einem anderen Falle wurde als genügender Grund zur Aufhebung des Verhältnisses der Umstand angesehen[13]), daß der Kommis in Anwesenheit des Prinzipals im Komptoire den Hut auf dem Kopfe behalten, während dieser ihn abgenommen, daß er den Prinzipal beim Eintritte in das Geschäftslokal und auf der Straße nicht gegrüßt und dessen Gruß nicht erwidert hatte[14]),

---

[12]) Erkenntniß vom 23. Sept. 1864 (Bamberg Reg.-Nr. 41).

[13]) Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II S. 302.

[14]) Hinsichtlich der Beweislast war dabei bemerkt worden, daß, falls die fraglichen Handlungen an sich ehrverletzend sind, nicht dem Prinzipal ein Beweis beleidigender Absicht obliegen könne, sondern daß es Sache des Gehülfen sei, solche

„weil die Versagung der allergewöhnlichsten Höflichkeit selbstverständlich die größte Mißachtung gegen eine Person in sich schließe, welcher man nach der gegenseitigen Stellung zu besonderer Hochachtung verpflichtet sei."

Auch durch Beleidigungen seiner Angehörigen kann der Prinzipal so erheblich an der Ehre gekränkt werden, daß er zur Entlassung des Gehülfen berechtigt wird [15]; nur muß hier auf die Umstände Rücksicht genommen und darf nicht zu weit gegangen werden; wenn etwa der Lehrling mit den Jungen des Prinzipals sich prügelt, oder der Kommis sich mit der Tochter seines Dienstherrn disputirt, so ist dieß nicht so anzusehen, als sei dieß dem Prinzipal gegenüber geschehen.

6) Der Fall der Unsittlichkeit wurde in zweiter Lesung beigefügt, ohne eine nähere Definition zu geben. Der Richter wird hiebei nicht blos wirkliche Ausschweifungen, große Liederlichkeit und öffentliches Aergerniß gebendes Leben, sondern auch ein solches ungehöriges oder unanständiges Verhalten als Grund gelten lassen müssen, in Folge dessen dem Prinzipal das Zusammensein mit dem Untergebenen nicht wohl zugemuthet werden kann [16]).

7) Ueber den Fall des Wegfallens der Voraussetzung, von welcher der Prinzipal beim Engagement ausgegangen ist, spricht das Gesetzbuch nicht.

Es kann nun allerdings vorkommen, daß die obwaltenden Umstände ebenso, wie oben (S. 450) hinsichtlich des Gehülfen erörtert wurde, auch zu Gunsten des Prinzipals eine Auflösung des Verhältnisses geboten erscheinen lassen; allein in der Regel wird solches nicht der Fall sein.

Wenn z. B. ein Prinzipal den Sohn eines angesehenen Hauses engagirt und ihm einen Repräsentationsposten einräumt, dann aber jenes Haus einen sehr schmählichen Bankerott macht; oder wenn als Lehrling der Verwandte des Besitzers einer sehr befreundeten Firma angenommen wird, und es entstehen dann zwischen beiden Firmen erhebliche Geschäftsdifferenzen: hier

---

Thatsachen anzuführen und zu beweisen, welche seinen Handlungen den injuriösen Charakter benehmen, z. B. daß es im Komptoir stark gezogen habe, daß er den Prinzipal nicht gesehen, daß er sich sofort entschuldigt u. dgl.

15) Ein Fall, in welchem die Entlassung des Kommis für gerechtfertigt erkannt wurde, weil er die Frau seines Prinzipals beschimpft hatte, siehe bei Busch Archiv Bd. IX S. 380.

16) Z. B. dauerndes Hazardspielen (Seuffert's Archiv Bd. XII n. 266, auch Goldschmidt Bd. VIII S. 172); über den allgemeinen Gesichtspunkt ebendaselbst Bd. X n. 42.

wird dem Prinzipal, wenn er von dem Vertrage loskommen will, entschieden nichts anderes übrig bleiben, als zu kündigen, und wenn er sofort die betreffenden Personen entfernt zu sehen wünscht, die verlangte Entschädigung zu zahlen.

Ein Anderes natürlich ist es, wenn der Prinzipal bei Eingehung des Vertrages getäuscht oder wenn auch nur wesentliche Momente ihm verschwiegen worden sind. So hat z. B. der Wolfenbütteler Kassationshof [17]) den Prinzipal für berechtigt erachtet, einen Gehülfen sofort zu entlassen, welcher ihm verheimlicht hatte, daß er einige Jahre vorher wegen Betruges Gefängnißstrafe erlitten hatte.

Ein häufig vorkommender Fall ist, daß der Prinzipal den Gehülfen oder Lehrling wegen Unbrauchbarkeit entlassen will.

In dieser Hinsicht kann man wohl die Ansicht vertreten, daß eine völlige Unfähigkeit zur Bekleidung der Stelle eines Gehülfen, die gänzliche Unbrauchbarkeit im Geschäfte, als Auflösungsgrund erachtet werden kann, da dieß offenbar der „Abwesenheit" gleichgestellt werden muß. Dagegen wird man solche Fälle mit ziemlicher Strenge zu prüfen haben [18]).

Fähigkeiten und Kenntnisse der einzelnen Individuen sind, wie in jeder anderen Berufsart, so auch in dem Kaufmannsstande, unendlich verschieden, ohne daß durch diese Verschiedenheit für den Einzelnen die Möglichkeit ausgeschlossen ist, seinem Berufe zu genügen. Handelt es sich daher um die Frage, ob Jemand zu einem bestimmten Dienstesweige innerhalb des kaufmännischen Wirkungskreises fähig sei, so kann — abgesehen von der ausdrücklich geschehenen Zusicherung besonderer Eigenschaften — bei deren Beantwortung nicht das höchst mögliche Maß der Begabung und Ausbildung zu Grunde gelegt werden, sondern es ist vielmehr zu untersuchen, ob demselben wenigstens das geringste Maß jener Fähigkeiten und Kenntnisse zukomme, durch welche die Besorgung eines gewissen Kreises von Geschäften bedingt ist [19]). Hiezu kommt, daß der Prinzipal in der Regel über die Fähigkeiten und Kenntnisse des zu Engagirenden sich ohne Schwierigkeit Gewißheit verschaffen kann, und wenn er solches unterläßt, einen leicht er-

---

[17]) Goldschmidt Zeitschr. Bd. VIII S. 171. Das Erkenntniß datirt allerdings vor der Geltung des a. d. HGB., ist aber immerhin in seinen Grundsätzen auch jetzt noch passend.

[18]) Vgl. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen Bd. II S. 300.

[19]) In einem Falle war schlechte Handschrift, linkisches und vergeßliches Wesen

kennbaren Mangel nicht hinterher als Grund zur Auflösung des Vertrages benützen darf [20]).

8) Das Gesetz hat den Fall nicht besonders hervorgehoben, wenn ein Gehülfe seine Dienstleistung über den Umfang der ihm zugewiesenen Sphäre ausdehnt. In dieser Beziehung ist richtig [21]), daß die vom Prinzipal bestimmte Arbeitseintheilung eingehalten werden muß. Doch kann eine Ueberschreitung der Grenzen an sich nicht wohl als Grund zu einer Entlassung erachtet werden. Will sich freilich der Gehülfe hartnäckig dem ertheilten Befehle nicht fügen, dann fällt die Sache unter einen anderen Gesichtspunkt; man kann dann allerdings das Benehmen des Gehülfen unter Ziff. 3 des vorliegenden Artikels subsumiren [22]).

Unter Umständen wird sogar das Verfahren sich als eine Art Untreue darstellen [23]).

---

als Grund zur Entlassung eines Kommis angegeben worden. Das k. Handelsappellationsgericht zu Nürnberg (Erk. v. 23. Sept. 1864 Bamberg Reg.-Nr. 41) sprach sich hierüber folgendermaßen aus: „wenn auch im kaufmännischen Berufe der Besitz einer schönen Handschrift eine gesuchte und wünschenswerthe Eigenschaft ist, so kann dieselbe doch nicht als unumgängliches Erforderniß für die Tüchtigkeit zur Bekleidung eines Kommispostens erachtet werden. Eine absolut unleserliche oder unkorrekte Schrift freilich ist ein Hauptfehler." — Hinsichtlich der weiteren Fehler wurde bemerkt: daß bei einer im Allgemeinen weniger befähigten Persönlichkeit die praktische Gewandtheit sich erst allmählig durch fortgesetzte Uebung einstelle, und daß derjenige, welcher einen erst aus der Lehre entlassenen jungen Menschen als Kommis aufnimmt, nicht sofort die Dienste eines gewandten und erfahrenen Arbeiters erwarten dürfe.

[20]) Die Unfähigkeit ist natürlich vom Prinzipal zu beweisen; das Kasseler OAG. (Seuffert's Archiv Bd. XIV n. 76) hat übrigens mit Recht die Eidesdelation hierüber für unstatthaft erklärt.

[21]) Vgl. Endemann S. 124.

[22]) Wenn z. B. der als Kassier Engagirte die Einträge in das Hauptbuch machen wollte, ohngeachtet sich der Prinzipal dieß verbittet; in diesem Falle läßt sich behaupten, daß der Gehülfe sich weigere, die Dienste als Kassier so, wie sie geleistet werden sollen, zu leisten.

[23]) Dieser Fall lag vor in den Thatsachen, auf welche hin das Berliner Obertribunal (Seuffert's Archiv Bd. XIV Nr. 228) einen Auflösungsgrund gegeben erachtete; es hatte nemlich ein Reisender, dem 2% Provision für die gemachten Verkäufe versprochen waren, seine Reisen gegen die Anordnung ausgedehnt, um seine Rente zu vermehren.

Art. 65.

Hinsichtlich der Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, hat es bei den für das Gesindedienstverhältniß geltenden Bestimmungen sein Bewenden.

Pr. E. Art. 62. I. E. Art. 65. II. E. Art. 64. Prot. S. 102.

Wie bereits oben bemerkt, werden zum Betriebe des Handelsgewerbes nicht blos kaufmännisch gebildete Personen, sondern auch Leute verwendet, welche gewöhnliche mechanische Verrichtungen zu erfüllen haben: Hausknechte, Ausläufer, Packer, Fuhrleute[1]) u. dgl.

Das Rechtsverhältniß zwischen diesen und dem Prinzipal ist im Handelsgesetzbuche nicht geregelt, sondern richtet sich nach den allgemeinen Civilgesetzen. Je nachdem sie ständig in Kost und Lohn genommen sind oder blos, wenn gerade Arbeit vorhanden, verwendet werden, sind sie als Hausgesinde oder als Taglöhner zu beurtheilen[2]).

Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß auch solche Personen zur Vornahme eigentlicher Handelsgeschäfte verwendet werden können, in welchem Falle sie nach den Grundsätzen über Handlungsbevollmächtigte zu beurtheilen sind.

In wie weit hinsichtlich solcher Personen eine stillschweigende Ermächtigung in der Art der ihnen zugewiesenen Beschäftigung liegt, ist bei Art. 50 erörtert.

Eine schwierige Ausscheidung derjenigen Kategorien, welche zu den eigentlichen Handlungsgehülfen gehören und derjenigen Personen, welche unter Art. 65 fallen, ergibt sich bei jenen Handelsgewerben, welche die angeschafften Waaren nicht in Natur, sondern in verarbeitetem Zustande weiter veräußern.

Hier liegt das Charakteristische des Handelsgewerbes in dem Ankaufe und Verkaufe der beweglichen Gegenstände; die hiebei beschäftigten Personen gehören also unzweifelhaft zu den Handelsgehülfen.

---

[1]) Das heißt, wenn der Prinzipal selbst Wagen und Pferde für das Geschäft hält, die Frachtführer gehören selbstverständlich nicht hieher.

[2]) Nach dem in Bayern geltenden Rechte (vgl. Kommentar zum Einf.-Gesetze S. 177) gehören die Rechtsverhältnisse dieser Personen demohngeachtet zu den Handelssachen.

Die Verarbeitung selbst aber fällt nicht in den Kreis des Handels; eine Beihülfe hiebei ist also nicht Beihülfe zum Handelsgewerbe.

Daraus ergibt sich: ein Fabrikant, ein Handelsmann ꝛc. ist, insoferne er Rohstoffe oder Halbfabrikate kauft, Fabrikate, Kleidungsstücke u. s. w. daraus herstellt und solche verschleißt, Kaufmann; aber nicht jeder bei diesem Geschäfte Angestellte dient seinem Handel. Fabrikarbeiter [3]), Gesellen u. s. w. gehören nicht zu den Handlungsgehülfen, obgleich sie streng genommen Gehülfen des in Frage stehenden Kaufmanns sind.

Dagegen lassen sich die im Ankaufe oder Verkaufe beschäftigten Personen, wenn sie auch den socialen Begriffen nach nur zum Gesinde gehören, (z. B. Kellner, Wirthschafterinnen u. s. w.) nur zu den Handlungsgehülfen zählen [4]).

---

[3]) In einem Erkenntnisse hat das k. Handelsappellationsgericht zu Nürnberg ausgesprochen: „der Werkführer in einer Fabrik könne keinenfalls unter die Personen gezählt werden, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes nur Gesindedienste verrichten." In einer anderen Sache (Nürnberg Reg.-Nr. 152) (Sammlung handelsgerichtl. Entscheid. Bd. I S. 555) wurde erkannt, daß der Lehrling eines Goldschlägers, da derselbe zur Erlernung des ganzen Gewerbes aufgenommen sei, unter die Handlungsgehülfen gezählt werden müsse.

[4]) Vgl. Erkenntniß des k. Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg v. 12. September 1864 (Augsburg Reg.-Nr. 53).

Siebenter Titel.

Von den Handelsmäklern oder Sensalen.

Pöhls §. 47—66. Brinkmann §. 121. Thöl §. 14a II 3. Laband, die Lehre von den Mäklern (Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XX S. 2).

Im Rechtsverkehre kommt es vor, daß Personen, ohne selbst Rechte zu erwerben oder Verbindlichkeiten zu übernehmen, Anderen bei Eingehung von Rechtsgeschäften behülflich sind [1]). Sie nehmen zwar Antheil an dem Abschlusse der Verträge, aber keinen juristischen; denn sie vertreten den Kontrahenten weder hinsichtlich der Person (wie der Bevollmächtigte) [2]) noch hinsichtlich des Interesse (wie der Kommissionär); sie erscheinen deshalb äußerlich nicht in dem abgeschlossenen Geschäfte, ihre Thätigkeit bezieht sich zwar auf das Geschäft, sie findet aber in demselben keine rechtliche Stelle [3]).

Die Thätigkeit dieser Personen ist eine doppelte: sie hat der einen zum

---

[1]) Ueber die rechtliche Stellung der Handelsmäkler. Centralorgan Jahrg. 1862 S. 28.

[2]) Man darf sich hier durch den Ausdruck „beauftragt" nicht irre leiten lassen. Der Ausdruck „Auftrag" — sagt ein Erk. des Dresdener Oberapp.-Ger. (Busch Archiv Bd. IV S.390; Goldschmidt Zeitschr. Bd. VIII S.172) — wird häufig unter Verhältnissen gebraucht, wo ein Mandatsverhältniß ausgeschlossen ist, indem man z. B. einen Dienstmann beauftragt, einen Brief abzugeben oder einen Handwerker beauftragt, Etwas zu fertigen u. s. w. Vgl. auch Laband Stellvertretung in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. X S. 203 ff.

[3]) Hahn S. 167.

Geschäftsabschlusse geneigten Partei den geeigneten Mitkontrahenten zu ermitteln und die wechselseitigen Erklärungen den Partheien zu übermitteln; ein solcher Vermittler ist Unterhändler und ist zugleich nuntius, Bote, welcher, ohne Repräsentant der Kontrahenten zu sein, deren Willensmeinung überbringt und eine Willenseinigung zu Stande bringt [4]).

Wer aus der Vermittelung von Rechtsgeschäften ein Gewerbe macht, heißt Mäkler im weiteren Sinne (proxeneta) [5]).

An sich kann Jedermann Unterhändler und Vermittler von Rechtsgeschäften, insbesondere auch von Handelsgeschäften sein [6]); diesen Grundsatz hat das a. d. HGB. beibehalten; dasselbe hat zwar angeordnet, daß von Amtswegen Mäkler aufgestellt und verpflichtet werden, welche die Vermittelung der Handelsgeschäfte besorgen sollen und welchen gewisse Rechte und Pflichten eingeräumt sind, Handelsmäkler, Sensale [7]); allein es ist damit den Parteien nicht verwehrt, ihre Handlungsgeschäfte mit Umgehung der Handelsmäkler entweder in Person oder durch Bevollmächtigte oder durch beliebige Zwischenhändler abzuschließen. Alle so zu

---

[4]) Puchta, Vorlesungen S. 105. Vgl. auch das Erk. des Wolfenbütteler Kassationshofes in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 181.

[5]) Im gewöhnlichen Leben werden solche Personen nicht nur Unterhändler, sondern auch häufig „Kommissionäre“ genannt und in manchen Gegenden mit anderen Namen bezeichnet. Brinkmann nimmt das Wort „Mäkler“ als identisch mit „Handelsmäkler“ für denjenigen, welcher gewerbemäßig Handelsgeschäfte vermittelt; allein der gewöhnliche Sprachgebrauch kennt auch: Gütermäkler, Geldmäkler u. s. w., welche nicht dem Handelsverkehre im eigentlichen Sinne angehören. Vgl. Voigtel in Busch Archiv Bd. IV S. 218 ff.

[6]) Partikularrechtlich ist dagegen mitunter den nicht konzessionirten Mäklern eine Klage auf Honorar, selbst wenn es versprochen wurde, versagt. Im Handelsverkehre waren einzelne Gesetzgebungen noch strenger, indem sie nicht nur denjenigen, welcher ohne Konzession Handelsgeschäfte vermittelt, sondern auch die Partheien, welche sich solcher bedienen, mit Strafe bedrohen. — Vgl. Code de commerce Art. 76, 78, 82. Pr. LR. Thl. II Tit. VIII §. 1308 ff.

[7]) Handelsmäkler heißt man im gewöhnlichen Leben alle, welche aus der Vermittelung von Handelsgeschäften ein Gewerbe machen, während der amtlich bestellte Handelsmäkler Sensal, courtier, broker genannt wird. Mit Recht bemerkt aber v. Hahn (S. 168), daß die Bezeichnung Handelsmäkler nunmehr eine technische geworden ist, und daß man daher, wenn sich spätere Gesetze dieses Ausdruckes bedienen, darunter nur die Handelsmäkler im Sinne des a. d. Handelsgesetzbuches wird verstehen können. In wie weit der Mäkler Kaufmann ist, vgl. die Erläuterungen zu Art. 4.

Stande gekommenen Geschäfte sind durchaus gültig [8]), nur entbehren die Kontrahenten der Vortheile, welche ihnen, wie z. B. in Ansehung des Beweises, aus der Mitwirkung eines vereideten Handelsmäklers erwachsen sein würden [9]).

Der nachfolgende Titel beschäftigt sich nur mit diesen amtlich aufgestellten Handelsmäklern und läßt die Privathandelsmäkler [10]) außer Betracht. Es ergibt sich daher die Frage, welche rechtlichen Grundsätze hinsichtlich dieser gelten und in wie weit die einzelnen Bestimmungen des siebenten Titels wenigstens analoge Anwendung auch auf die Privatmäkler finden. Es ist dieses bei den einzelnen Artikeln jederzeit zu untersuchen [11]).

Art. 66.

Die Handelsmäkler (Sensale) sind amtlich bestellte Vermittler für Handelsgeschäfte.

Sie leisten vor Antritt ihres Amtes den Eid, daß sie die ihnen obliegenden Pflichten getreu erfüllen wollen.

Pr. E. Art. 65. I. E. Art. 63. II. E. Art. 65. Prot. S. 113, 967.

Amtlich.

Das Handelsgesetzbuch hat es der Partikulargesetzgebung überlassen, zu bestimmen, von wem die Handelsmäkler ernannt werden sollen. Vgl. für Bayern den Kommentar zum Einführungsgesetze S. 100 ff. [1]). Für Preußen Einführungsges. Art. 9.

Bei der Berathung wurde festgestellt, daß die Handelsmäkler zwar amtlich ernannt werden, aber nicht selbst Beamte sein sollen.

---

[8]) Ueber die Gültigkeit der von unbefugten Mäklern abgeschlossenen Geschäfte hat das frühere Recht zusammengestellt Gelpke Zeitschrift Heft 3 S. 18.

[9]) Motive zum Pr. E. S. 37.

[10]) Diese werden auch im gewöhnlichen Leben Pfuschmäkler, Winkelmäkler, courtiers marrons genannt; Goldschmidt (Gutachten S. 44) schlägt für dieselben die Bezeichnung Privatmäkler vor.

[11]) Goldschmidt a. a. O. und Hahn S. 199 ff. haben diese Frage ausführlich erörtert.

[1]) Eine großherzoglich hessische Verordnung vom 22. September 1864 ist abgedruckt in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 495.

Vor Antritt ihres Amtes.

Indem das Handelsgesetzbuch diese Bestimmung trifft, spricht es aus, daß vor Ableistung des vorgeschriebenen Eides [2]) das Amt nicht angetreten, also die zum Handelsmäkler berufene Person noch kein Handelsmäkler im Sinne des Gesetzbuches ist. Die von einem solchen vermittelten Geschäfte sind demnach, so lange er den Eid nicht geleistet hat, auch wenn er schon zum Handelsmäkler amtlich bestellt wäre, doch nur als von einem Privatmäkler vermittelt anzusehen und unterliegen den für diese geltenden Rechtsnormen.

Eine Kautionspflicht der Mäkler hat das Gesetzbuch nicht aufgestellt; in den Motiven zum P. E., in welchen die Gründe, weshalb solches unterblieben, erörtert sind, ist jedoch anerkannt, daß es den Parteien freistehe, sich durch besondere Vorkehrungen in dieser Hinsicht zu sichern. Es können deshalb diese entweder für den einzelnen Fall oder, wenn sie sich eines Mäklers beständig bedienen, sich im Allgemeinen durch Forderung einer Kaution für etwaigen Schaden vorsehen; weigert sich der Mäkler, diese Forderung zu erfüllen, dann bleibt der Parthei allerdings nur übrig, sich eines anderen zu bedienen; ein klagbares Recht auf Kautionsleistung besteht nicht.

Art. 67.

Die Handelsmäkler vermitteln für Auftraggeber Käufe und Verkäufe über Waaren, Schiffe, Wechsel, inländische und ausländische Staatspapiere, Aktien und andere Handelspapiere, ingleichen Verträge über Versicherungen, Bodmerei, Befrachtung und Miethe von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransporte und andere den Handel betreffende Gegenstände.

Durch die übertragene Geschäftsvermittelung ist ein Handelsmäkler noch nicht als bevollmächtigt anzusehen, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen.

Pr. E. Art. 66. I. E. Art. 64. II. E. Art. 66. Prot. S. 114, 151, 967.

1) Die Handelsmäkler vermitteln, sagt das Gesetz, und stellt

---

[2]) Dieser Eid ist nach dem preuß. Einf.-Ges. Art. 9 § 4 und nach dem bayer. Art. 31 Abs. 3 vor dem Handelsgerichte zu leisten. Ueber die Beeidigung s. die preuß. Instruktion vom 12. Dez. 1861, III. Theil (Justizministerialbl. S. 365).

hierdurch übereinstimmend mit der in Art. 66 gegebenen Legaldefinition die Art und Weise der Geschäftsthätigkeit der Mäkler fest, wie sie sich von jeher im Handelsverkehre gestaltet hat [1]).

Es muß daher als irrig bezeichnet werden, wenn man aus Art. 69 Nr. 6 und aus Art. 67 Abs. 2 (argumento e contrario) folgern will [2]), es sei der Handelsmäkler an und für sich in Folge des ihm ertheilten Auftrages berechtigt, im Namen des ihn Angehenden das Geschäft bindend abzuschließen. Denn der Auftrag des Handelsmäklers enthält als solcher keine Bevollmächtigung zum Abschlusse von Rechtsgeschäften, sondern (wie bereits in der Einleitung erwähnt ist) nur den Auftrag zur Ermittelung eines Kontrahenten und zur Vermittelung des Geschäftes [3]).

2) Zu den Käufen und Verkäufen, deren Vermittelung nach Art. 67 im Geschäftskreise der Mäkler liegt, gehören auch nach Art. 338 die Lieferungsgeschäfte; unter Schiffen sind ebenso Schiffsparten zu verstehen [4]); unter Befrachtung auch die theilweise Beladung eines Schiffes, nicht ausschließlich dessen volle Ladung. Land- und Wassertransporte fallen da, wo eigene Frachtmäkler bestehen, selbstverständlich in den Kreis der Geschäftsthätigkeit dieser besonderen Mäkler (Güterbestätter).

3) Eines der gewöhnlichsten Geschäfte der Handelsmäkler (Sensale) im Binnenlande ist die Vermittelung von Darlehen (Hypotheken, in München auch Ewiggelder); diese sind zwar im Artikel nicht ausdrücklich erwähnt, aber es wurde bei den Berathungen (Prot. S. 114) konstatirt, daß gegen die Thätigkeit der Mäkler in dieser Richtung kein Einwand bestehe.

4) Der Preußische Entwurf des Handelsgesetzbuches hatte diejenigen Geschäfte ausführlich aufgezählt, welche den regelmäßigen Inhalt des Mäklergewerbes bilden. Unter diesen gilt als der wichtigste die Feststellung des Kurses und es hatte daher der erwähnte Entwurf in Art. 68 folgende Bestimmung:

Die Handelsmäkler stellen an den Plätzen, wo die Börsen-

---

1) Vgl. die verschiedenen früheren Mäklerordnungen, z. B. Leipziger §. 29.

2) Wie solches von Dietzel im Archiv für Wechselrecht Bd. VII S. 294 geschieht.

3) Anerkannt in einem Erk. des Dresdner Oberapp.-Ger. im Centr.-Org. N. F. Bd. I S. 59 und Busch Archiv Bd. IV S. 386.

4) Vgl. das Erkenntniß des Berliner Obertribunales in Busch Archiv Bd. IV S. 319.

ordnung nicht ein Anderes bestimmt, die laufenden Preise und Kurse fest, und bescheinigen dieselben.

Sie sind befugt, auf Grund dieser Feststellung Preiskurante und Kurszettel amtlich auszugeben.

Sie können außeramtlich auch diejenigen Kurse verzeichnen, welche nichtamtlich festgestellt werden, jedoch müssen diese Vermerke in den Preiskuranten und Kurszetteln von den amtlich festgestellten Preisen und Kursen abgesondert werden.

Allein die Kommission nahm diese Sätze nicht in das Gesetzbuch auf, und zwar deshalb, weil dadurch gegen die Sitte des Verkehres gewisser Handelsplätze (z. B. Hamburg, Bremen) alle jene Geschäfte bei Feststellung der laufenden Preise außer Berücksichtigung bleiben würden, welche nicht auf der Börse selbst gemacht oder von nicht amtlich bestellten Mäklern vermittelt wurden. (Prot. S. 109, 111.)

Um diesen örtlichen Usancen Rechnung zu tragen, ist der Börsen- oder Marktpreis in Art. 311 dahin definirt, daß als solcher im Zweifel der laufende Preis, wie er nach den örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, angesehen werden soll, wobei übrigens unter Umständen auch der wahre mittlere Preis aus der Vergleichung der, sei es auf der Börse oder von Geschäft zu Geschäft, durch amtliche Mäkler oder ohne diese geschlossenen Kaufverträge zu ermitteln ist.

Es ist daher nach dem Systeme des a. d. HG. das Sachverhältniß folgendes:

Eine jede Waare hat ihren Handelswerth, den Preis, welcher im gewöhnlichen Verkehre dafür zu erlösen ist (s. z. B. Art. 396). Die richtige Ermittelung dieses Preises setzt in der Regel den wirklichen konkreten Verkauf unter allgemeiner Konkurrenz voraus und das Gesetzbuch hat deshalb die öffentliche Auktion als regelmäßige Ermittelungsart angeordnet. (Vgl. Art. 311, 315, 343, 354, 365, Abs. 3, 366, 407 Abs. 4, 409 Abs. 2.)

Wird eine gewisse Gattung von Waaren an einem Orte beständig zu Markt gebracht und beim Geschäfte mehr die Gattung als die individuelle Beschaffenheit der Waare in das Auge gefaßt, so hat die Waare einen laufenden Preis, einen Marktpreis. Dieser Marktpreis besteht daher überall, wo ein so bedeutender Handel mit einem Artikel getrieben wird, daß sich daraus ein Durchschnittspreis entnehmen läßt (Protokolle S. 457); jedoch folgt aus der Gleichstellung dieses Marktpreises mit dem im öffentlichen Verkaufe erzielten (vgl. die oben citirten Artikel), daß von einem solchen nur bei denjenigen Waaren die Rede sein kann, welche im öffentlichen

Verkehre, an der Börse oder auf dem Markte des betreffenden Ortes verkauft zu werden pflegen [5]).

Die Feststellung des wahren laufenden Preises besteht daher in der Ermittelung des durchschnittlichen Erlöses aus den einzelnen Geschäften.

Wird nach den örtlichen Einrichtungen der Durchschnittspreis regelmäßig festgestellt und veröffentlicht, so gilt derselbe — vorbehaltlich des Gegenbeweises — als Marktpreis. (Art. 353.) Je nach den örtlichen Einrichtungen ist zu bemessen, ob die Feststellung durch eigentliche Handelsmäkler (was bei Staats- und Werthpapieren, Wechseln u. s. w. zu geschehen pflegt) oder durch sonstige öffentliche Bedienstete, wie z. B. auf Getreidemärkten, Schrannen u. s. w. zu erfolgen hat.

5) Art. 69 des Pr. Entwurfes hatte den Handelsmäklern die Abhaltung öffentlicher Auktionen von Waaren und Handelspapieren gestattet, und Art. 33 des bayer. Einführungsgesetzes sowie Art. 9 §. 3 des preuß. EGes. haben diese Bestimmung adoptirt. (Vgl. hierüber Kommentar zum bayer. EG. S. 104.)

In Folge dieser Ermächtigung wird es den Handelsgerichten freistehen, Versteigerungen von (gesperrten) Waarenvorräthen u. dgl. nicht durch Notare, sondern durch einen Sensal vornehmen zu lassen, was unter Umständen weniger Kosten und ein besseres Resultat ergeben kann.

6) Nach Art. 51 des a. d. HG. gilt derjenige, welcher die Waare und Rechnung überbringt, deshalb allein zum Geldempfange für den Gläubiger nicht ermächtigt. Aehnlich erlangt der Handelsmäkler, welcher den Meinungsaustausch der Kontrahenten zu vermitteln hat, durch diesen Umstand allein noch keine Vertretungsbefugniß [6]). Er ist zwar zur Empfangnahme von Geldern oder Waaren für den einen oder anderen Kontrahenten berechtigt, er verletzt durch eine solche Thätigkeit insbesondere nicht die ihm nach Art. 69 obliegende Pflicht der Nichtbetheiligung am Geschäfte. Allein er ist an und für sich, auch wenn ihn derjenige, welcher die Leistung empfangen soll, zum Geschäftsabschlusse beauftragt hatte, doch hinsichtlich der ihm ausgehändigten Leistung nur als Beauftragter des anderen Kontrahenten anzusehen. Soll die Zahlung oder Leistung an den Handelsmäkler mit der rechtlichen Wirkung der Entlastung des Zahlenden oder Leistenden

---

[5]) Siehe v. Kräwel Anmerkung zu Art. 353.

[6]) Anders z. B. nach einem früheren Bremer Handelsbrauch. Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 186.

geschehen, so muß der Mäkler von dem Empfangsberechtigten förmlich bevollmächtigt sein.

Eine solche Vollmacht kann ihm aber allerdings ertheilt werden; denn hierin liegt noch keine Verletzung der in Art. 69 Ziff. 1 und 2 aufgeführten Pflichten.

7) Die Bestimmung des zweiten Absatzes findet auch Anwendung auf Privatmäkler. (Vgl. Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen in Bayern Bd. I S. 444.)

Art. 68.

Die Anstellung der Handelsmäkler geschieht entweder im Allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder nur für einzelne Arten derselben.

Pr. E. Art. 67. I. E. Art. 65. II. E. Art. 67. Prot. S. 114, 967.

Dieser Artikel bezieht sich auf die Scheidung der Mäkler nach einzelnen Geschäftskategorien; es gibt an größeren Plätzen eigene Waarenmäkler, ferner Wechselmäkler, Schiffsmäkler u. s. w. [1]). So lange diese besondere Geschäftsauswahl nur auf der freien Wahl des Mäklers beruht, z. B. weil er mehr Lust oder Geschick zu einer bestimmten Gattung von Geschäften hat oder besonderes Vertrauen in der einen oder anderen Richtung genießt, ist jener Umstand rechtlich irrelevant. Beruht aber diese Trennung auf obrigkeitlicher Anordnung, so bewirkt dieselbe, daß der Mäkler nur in dieser einen Richtung wirklicher Handelsmäkler ist.

Ein amtlich aufgestellter Wechselmäkler kann allerdings auch einen Waarenverkauf vermitteln und das Geschäft ist vollkommen gültig und rechtsverbindlich. Allein diejenigen Folgen, welche der Abschluß eines Geschäftes durch einen Handelsmäkler gesetzlich nach sich zieht, treten in diesem Falle nicht ein; der Mäkler hat nur als Privatmäkler gehandelt.

---

[1]) Hinsichtlich der Frachtmäkler vgl. Kommentar zum bayer. Einf.-Ges. S. 101.

Art. 69.

Die Handelsmäkler haben insbesondere folgende Pflichten:

1) Sie dürfen für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, weder unmittelbar noch mittelbar, auch nicht als Kommissionäre, sie dürfen für die Erfüllung der Geschäfte, welche sie vermitteln, sich nicht verbindlich machen oder Bürgschaft leisten, alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte;

2) sie dürfen zu keinem Kaufmanne in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen;

3) sie dürfen sich nicht mit anderen Handelsmäklern zu einem gemeinschaftlichen Betriebe der Mäklergeschäfte oder eines Theils derselben vereinigen; zur gemeinschaftlichen Vermittelung einzelner Geschäfte sind sie unter Zustimmung der Auftraggeber befugt;

4) sie müssen die Mäklerverrichtungen persönlich betreiben und dürfen sich zur Abschließnng der Geschäfte eines Gehülfen nicht bedienen;

5) sie sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegentheil durch die Partheien bewilligt oder durch die Natur des Geschäftes geboten ist;

6) sie dürfen zu keinem Geschäfte die Einwilligung der Partheien oder deren Bevollmächtigten anders annehmen, als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung; es ist den Mäklern weder erlaubt, von Abwesenden Aufträge zu übernehmen, noch sich zur Vermittelung eines Unterhändlers zu bedienen.

Pr. E. Art. 71. I. E. Art. 68. II. E. Art. 68. Prot. S. 116, 967, 1632.

1) Der preußische Entwurf, welchem der vorliegende Artikel fast wörtlich entnommen ist, hat nach dem Vorgange des preußischen Landrechtes und des französischen Gesetzbuches das Mäklergewerbe streng auf das ihm zustehende Gebiet der Vermittelung von Geschäften beschränkt und den Mäkler von der eigenen Betheiligung ausgeschlossen. In den Verhandlungen wurde zwar dieses System als unbillig und unzweckmäßig heftig bekämpft

(vgl. Prot. S. 116 ff.); allein mit großer Mehrheit adoptirt, woraus sich ergibt, daß die Vorschriften des obigen Artikels nicht etwa durch eine laxe Praxis abgeschwächt werden dürfen, sondern als Grundsatz der Auslegung zu gelten hat, „daß Treue und Glauben nirgends mehr Noth thue, als beim Mäklergeschäfte; der Mäkler müsse vollkommen unparteiisch zwischen den Kontrahenten stehen, jede Abweichung von diesem Prinzipe führe zu gefahrdrohendem Schwindel und mache den Stand der Mäkler zu einem unsoliden." (Prot. S. 118.) Selbstverständlich finden auf Privatmäkler diese Vorschriften keine Anwendung.

2) Insbesondere.

Dieses Wort war im preußischen Entwurfe nicht enthalten; doch bezieht sich dasselbe hauptsächlich auf die in den folgenden Artikeln enthaltenen weiteren Pflichten des Mäklers und kann daher dem Richter keinen Anlaß geben, andere, nicht in den Kreis der folgenden Ziffern fallende, Beschränkungen eintreten zu lassen.

3) Handelsgeschäfte machen.

Der preußische Entwurf hatte hier den Ausdruck „Handelsgeschäfte betreiben", womit angedeutet war, daß nur der gewerbsmäßige Handelsbetrieb dem Mäkler untersagt sein sollte. Wenn nun auch die Aenderung des obigen Wortes lediglich als Redaktionsänderung bezeichnet wurde [1]), so kann doch, nachdem einmal das Gesetz deutlich spricht, dem Richter kein Spielraum in dieser Beziehung gelassen werden; er wird deshalb das Verbot als übertreten ansehen müssen, wenn der Handelsmäkler auch nur ein einziges, noch so unbedeutendes Handelsgeschäft gemacht hat. Insbesondere kommt es darauf nicht an, ob das von dem Mäkler gemachte Handelsgeschäft sich auf dessen Gewerbe bezieht oder in eine seiner Thätigkeit ganz fremde Branche fällt. Daß aber damit dem Mäkler der Ankauf von Aktien oder Staatspapieren für sich noch keineswegs absolut verboten ist, ergibt sich daraus, daß derartige Ankäufe, wenn sie nicht Spekulationsgeschäfte sind, sich nur als Vermögensanlage darstellen, auf welche sich natürlich das obige Verbot nicht erstreckt [2]).

4) Weder unmittelbar noch mittelbar, auch nicht als Kommissionär.

---

[1]) v. Hahn Anmerk. zu Seite 175.

[2]) Uebrigens fällt es unter dieses Verbot, wenn der Mäkler auch nur an dem Nutzen des von ihm vermittelten Geschäftes Theil nimmt. Vgl. Prot. S. 123 unten.

Ebensowenig dürfen sie Agenturen übernehmen, denn dieser Geschäftsbetrieb fällt unter Art. 271 und 272 des a. d. HGB. [3]). Desgleichen ist ausgeschlossen die Betheiligung an einer offenen oder Kommanditgesellschaft [4]) und an der Verwaltung einer Aktiengesellschaft zum Betriebe von Handelsgeschäften. Dagegen kann einem Handelsmäkler der Besitz von Aktien nicht wohl verwehrt werden, weil der Aktionär zwar an den Handelsgeschäften der Gesellschaft betheiligt ist, allein am „Machen der Geschäfte" auch nicht mittelbar Theil nimmt. Dasselbe Verhältniß dürfte hinsichtlich der Theilnahme an einer stillen Gesellschaft stattfinden, denn hier erscheint der Nebengesellschafter lediglich als Kapitalist, welcher sein Geld in ein fremdes Handelsgeschäft einlegt, er ist lediglich ein „modifizirter Darleiher [5]).

Was insbesondere den Ausdruck „Kommissionär" betrifft, so ist dieser im strengsten Sinne zu nehmen; nur die im vierten Buche Tit. III behandelten Geschäfte fallen unter dieses Verbot. Dagegen steht es dem Mäkler zu, für Rechnung desjenigen, der ihn beauftragt hat, zu empfangen und zu zahlen [6]), was namentlich beim Handel mit Geld- oder Kreditpapieren der Fall ist, indem dieser meistentheils gerade in der Art betrieben wird, daß der Handelsmäkler die zu verkaufenden Effekten oder den Kaufpreis für die zu machenden Anschaffungen zur Aushändigung an den anderen Theil und mit dem Auftrage erhält, die Gegenleistung unmittelbar für den Auftraggeber im Empfang zu nehmen.

Desgleichen ist es den Handelsmäklern gestattet, im Auftrage und für Rechnung eines Dritten bei öffentlichen Auktionen u. s. w. Waaren zu erstehen; sie dürfen selbst vorerst den Namen desjenigen verschweigen, für welchen sie handeln [7]), da es häufig im Interesse des letzteren liegen kann, seinen Namen nicht sofort, sondern etwa erst nach beendigter Auktion kund werden zu lassen.

5) Bürgschaft leisten.

Auch hier weder unmittelbar noch mittelbar; es würde unter das Ver-

---

[3]) Erk. des Kreisgerichtes zu Posen in Busch I S. 400.

[4]) Denn der Kommanditist ist Mittheilhaber des Handelsgeschäftes (Prot. S. 1099), das Handelsgeschäft ist ein gemeinschaftliches.

[5]) Dieß wird jedoch bestritten werden können, da ein solcher Gesellschafter auch als mittelbarer Theilnehmer an den Geschäften angesehen werden kann.

[6]) Das französische Recht (Code de commerce Art. 85) hat auch dieses untersagt, siehe dagegen Motive zum Pr. E. S. 39.

[7]) Das preußische Landrecht Th. II Tit. 8 §. 1330 und 1331 untersagte dieß; vgl. dagegen Motive zum preuß. Entwurfe S. 39.

bot fallen, wenn z. B. derjenige, für welchen der Handelsmäkler eine **allgemeine** Bürgschaft übernommen hat, sich für die Erfüllung eines von dem Mäkler **vermittelten** Geschäftes **verbürgt**[8]).

6) **Alles dieses unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte.**

Im Hinblicke auf Art. 276 des a. d. HGB. hätte es dieses Zusatzes nicht bedurft; doch dient derselbe zur größeren Deutlichkeit. Hiernach wird nicht nur der Handelsmäkler aus den von ihm verbotwidrig abgeschlossenen Geschäften vollkommen verpflichtet, sondern er kann auch selbst aus denselben klagen[9]); es treffen ihn lediglich die in den Einf.-Gesetzen zum a. d. HGB. vorgesehenen Strafen. (Preuß. Einf.-Ges. Art. 9 §. 5; bayer. Einf.-Ges. Art. 36.)

Insbesondere verliert der Handelsmäkler durch eine Uebertretung des Artikels noch nicht sofort seinen öffentlichen Glauben, seinen Büchern und Schlußzetteln bleibt im Allgemeinen die ihnen vom Gesetze eingeräumte Beweiskraft; das Gegentheil würde der Chikane Thür und Thor öffnen. Daß unter Umständen ein verbotwidriges Verhalten des Handelsmäklers Anlaß geben kann, einem konkreten Eintrage oder Schlußzettel weniger Gewicht zuzuerkennen, ist hiedurch nicht ausgeschlossen und ergibt sich aus Art. 77; es wird unstatthaft sein, den Büchern und Zeugnissen hinsichtlich eines Geschäftes zu vertrauen, in welchem der Handelsmäkler zu Gunsten des einen Kontrahenten gegen den anderen persönliche Verpflichtungen aus dem vermittelten Vertrage übernommen hat. (Prot. S. 118.)

7) **Verhältnisse.**

Der Mäkler, welcher, wie bereits mehrfach erwähnt, unparteiisch zwischen den Kontrahenten stehen soll, kann selbstverständlich nicht in einem Dienstverhältnisse zu dem einen oder anderen stehen. Durch Annahme eines Engagements als Prokurist oder Handlungsgehülfe würde aber offenbar der Mäkler in eine solche abhängige Stellung gerathen.

Was den Handlungsbevollmächtigten betrifft, so gehört auch dieser (wie oben zu Art. 47 bemerkt ist) zum Hülfspersonal des Kaufmannes; auch diese Stellung ist deshalb mit dem Mäklergeschäfte unvereinbar. Dagegen enthält die Uebernahme einzelner Aufträge nach Art. 298, wenn gleich der zu einem Handelsgeschäfte Bevollmächtigte rechtlich wie ein Handlungs-

---

[8]) **Beispiel.** Der Mäkler A. vermittelt einen Waarenverkauf des B. an C.; der Käufer bleibt den Kaufpreis schuldig und D., welchem der Mäkler A. bei der Bank einen Kredit unter eigener Haftung erwirkt hat, würde für C. unter Bezugnahme auf diesen Bankkredit gutstehen wollen.

[9]) Motive zum Pr. E. S. 39.

bevollmächtigter angesehen und behandelt wird, keineswegs das Eintreten in ein untergeordnetes Verhältniß, daher das Gesetzbuch nicht nur die Besorgung einzelner Geschäfte dem Mäkler nicht verbietet, sondern durch die Bestimmung in Art. 67 Abs. 2 stillschweigend gestattet.

Uebrigens gilt auch in dieser Hinsicht das unter Ziff. 6 Bemerkte; wenn ein Mäkler demungeachtet ein solches Dienstverhältniß eingeht, so ist dieses nicht als unwirksam und ungültig anzusehen; ebensowenig werden die von ihm als Mäkler vorgenommenen Handlungen an und für sich dadurch rechtlich beeinträchtigt. Die Folgen sind: disziplinäre Bestrafung, bei welcher im Rückfalle auch auf Dienstentsetzung erkannt werden kann, und Versagung der Glaubwürdigkeit im konkreten Falle.

8) Zu Nr. 3.

Diese Bestimmung ist aus dem preußischen Landrechte (Th. II Tit. 8 §. 1385) entnommen; insbesondere darf auch nicht unter dem Vorwande der Gehülfenschaft eine Gesellschaft von Mäklern bewirkt werden (Prot. S. 120).

9) Mäklerverrichtungen.

Dieses Wort ist im engeren Sinne auszulegen; nur die eigentlichen Mäklerfunktionen, namentlich alle diejenigen Handlungen, welche eine direkte Beziehung auf die Vermittelung des abzuschließenden Geschäftes haben, gehören hieher [10]; zu den mechanischen Verrichtungen, wie zu Schreibereien und anderen Komptoirgeschäften, zur Zustellung von Schlußnoten u. s. w. kann sich der Handelsmäkler allerdings Anderer als Gehülfen bedienen. Ebenso ist es gestattet, die vorbereitenden Geschäfte durch Gehülfen zu besorgen, wenn nur der Mäkler bei dem wirklichen Abschlusse der durch die Gehülfen vorbereiteten Geschäfte persönlich eintritt [11].

10) Bedienen.

Der Mäkler darf sich selbst keines Gehülfen bedienen, er darf sich aber auch nicht in seinem Geschäfte durch einen Substituten vertreten lassen. Es wäre nicht abzusehen, wie der Mäkler seine Bücher vertreten und glaubhafte Zeugnisse ausstellen könnte, wenn er nicht persönlich die Erklärungen der Kontrahenten entgegengenommen hat.

Ist einem Mäkler dagegen ein Substitut amtlich aufgestellt, so findet das obige Verbot keine Anwendung; denn in diesem Falle ist der Sub-

---

[10]) Daß dieß durch Aenderung des im Pr. E. enthaltenen Wortes: „Vermittelung" in „Abschließung" nicht alterirt ist, darüber vgl. v. Hahn S. 177.

[11]) Vgl. Prot. S. 120.

stitut der amtlich bestellte Vermittler (Art. 66) und hat die Rechte und Pflichten eines solchen [12]).

11) Was die rechtlichen Folgen der Uebertretung dieses Verbotes betrifft, so kann ein gegen dasselbe geschlossenes Geschäft nicht als Mäklergeschäft angesehen werden. Wenn der Handelsmäkler A. einen Kauf zwischen B. und C. durch seinen Gehülfen G. vermitteln, denselben in das Buch eintragen und Schlußnoten von ihm fertigen und zustellen läßt, so ist alles dieses rechtlich ohne Werth; es kann zwar der Kauf als solcher nicht angefochten werden, allein ein durch einen amtlich bestellten Handelsmäkler vermittelter ist er nicht mehr; der Eintrag im Buche hat keinerlei Beweiskraft, die Schlußzettel sind keine Schlußzettel, sondern bedeutungslose Aufschreibungen eines Dritten.

Außerdem wird mit Disziplinarstrafe und zwar — wegen Gefährlichkeit und Schwere der Gesetzverletzung — energisch einzuschreiten sein.

Dagegen hat das verbotwidrige Arbeiten mit Gehülfen oder Substituten auf die übrigen von dem Mäkler selbst (richtig) vorgenommenen Geschäfte keinen Einfluß; es kann z. B. das von dem Mäkler A. zwischen B. und C. vermittelte Geschäft und die darüber ertheilte Schlußnote nicht etwa deshalb angefochten werden, weil A. ein Geschäft zwischen D. und E. durch einen Substituten hat vermitteln lassen. Würde also etwa auch wegen eines Vergehens die Entfernung des Mäklers vom Amte disziplinär verfügt, so hätte dieß doch keine rückwirkende Kraft; die richtig vorgenommenen Handlungen, Einträge und Schlußzettel blieben demungeachtet gültig. Noch weniger hat selbstverständlich, wenn eine Entlassung nicht eintritt, das frühere Vorhandensein von Gehülfen oder Substituten einen Einfluß auf die vom Mäkler später vorgenommenen Verrichtungen.

12) Zu Nr. 5.

Wie in den Verhandlungen konstatirt wurde, handelt es sich bei dieser Bestimmung nur um Verschwiegenheit gegen dritte außerhalb des Kontraktes stehende Personen, nicht aber um diejenigen Fälle, in denen der Mäkler den Namen des einen Kontrahenten dem anderen auf gewisse Zeit zu verschweigen angewiesen ist, z. B. wenn ein Kaufvertrag durch den Mäkler mit der Erklärung abgeschlossen wurde, daß er den Namen des Käufers erst nach Verlauf von 8 oder 14 Tagen nennen werde, um die Spekulation des letzteren nicht zu stören.

---

[12]) Vgl. Motive zum Pr. E. S. 39 und 40, und Prot. S. 120.

13) Zu Nr. 6.

Die Vermittelung der Handelsmäkler muß auf solche Geschäfte beschränkt werden, bei welchen die Vertragschließenden ihre Einwilligung in Person erklären können. Hierbei ist selbverständlich nicht ausgeschlossen, daß die Partheien sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen, denn diese sind ja nur Repräsentanten der „Person" der Vertragschließenden; der Handelsmäkler muß in diesem Falle eben mit den Bevollmächtigten [13]) persönlich verhandeln.

Das Gesetzbuch bestimmt nun ein Doppeltes.

Der Auftrag zum Geschäftsabschlusse, die Angehung des Mäklers muß vor Allem von einem Anwesenden ausgehen.

Ob die Vertragschließenden an dem Sitze des Mäklers ihren Wohnort haben oder nicht, ist irrelevant. Es steht durchaus nichts im Wege, daß z. B. ein Berliner Kaufmann bei Gelegenheit einer Reise nach Wien während seines Aufenthaltes in letzterer Stadt durch einen Wiener Mäkler Geschäfte mache. Es kommt demnach nicht darauf an, ob die Kontrahenten Einheimische oder Auswärtige sind, sondern nur darauf, ob sie anwesend oder abwesend sind [14]).

Aber auch Abwesende können den Mäkler zu einleitenden Verrichtungen, sofern sie nicht eigentliche Vertragshandlungen, Konsenserklärungen u. dgl. enthalten, unbedenklich schriftlich angehen [15]). Es unterliegt keinem Bedenken und wäre ohnehin praktisch auch nicht auszuschließen, daß z. B. ein Berliner Kaufmann einem Wiener Mäkler schreibt, „er beabsichtige nächstens dorthin zu kommen und benöthige 10,000 Scheffel ungarischen Waizen, er möge einstweilen sich darum umthun."

Die Sicherung dagegen, daß dadurch der Zweck des Gesetzes, welcher insbesondere eine Fernhaltung der Mäkler vom Kommissionshandel ist [16]), vereitelt werde, liegt in dem weiteren Inhalte der Ziff. 6, nämlich darin, daß der Mäkler die Erklärung der Vertragschließenden persönlich in Empfang nehme.

In dieser Hinsicht findet keinerlei Ausnahme statt; das Verbot betrifft die am Sitze des Mäklers Wohnenden, ebenso wie die Auswärtigen,

---

[13]) Daß nicht gerade eine gerichtliche Vollmacht nöthig sei, wurde bei den Berathungen besonders hervorgehoben. (Prot. S. 121.)

[14]) Prot. S. 123.

[15]) Vgl. Prot. S. 123.

[16]) Motive zum Pr. E. S. 40. Prot. S. 121 und 122.

soferne sich dieselben, sei es auf noch so kurze Zeit, entfernt haben, denn auch der abwesende Einheimische kann persönlich seine Erklärung nicht abgeben; briefliche Erklärungen aber darf der Mäkler nicht annehmen[17]), insbesondere darf er nicht in Folge eines brieflich ertheilten Auftrages den Vertrag als geschlossen eintragen und Schlußzettel geben. Denn im eigenen Namen für den Auftraggeber den Vertrag zu schließen verbietet ihm Ziff. 1 des Art. 69, und die Zustimmung zur Eingehung des Vertrages anders als mittelst persönlicher Erklärung anzunehmen versagt Ziff. 6 des Art. 69. Es kann in solchen Fällen nur durch Aufstellung von Bevollmächtigten geholfen werden.

Es genügt aber nicht, eine persönliche Erklärung einzuholen; der Mäkler muß sich vergewissern, daß die Erklärung von derjenigen Person wirklich herrührt, auf deren Namen sie lautet (vgl. die Erläuterung zu Art. 81), denn er kann nicht früher behaupten, daß er die persönliche Erklärung eines Auftraggebers oder seines Bevollmächtigten entgegengenommen habe, als bis er sich überzeugt hat, daß diese Personen mit denjenigen identisch sind, mit denen er im Verkehr gestanden. (Vgl. Prot. S. 123.)

---

[17]) Nachdem in der Berathung ausdrücklich festgestellt worden ist (S. 123), daß sich das Verbot auch auf die Personen erstrecke, welche am Standorte des Mäklers wohnten und sich nur vorübergehend entfernt hätten, so kann die Ansicht v. Hahn's (S. 177) nicht als richtig anerkannt werden, daß z. B. der Hamburger Kaufmann von seinem in Holstein liegenden Landsitze aus, auf welchem er sich außerhalb der Geschäftsstunden aufhält, während er die Geschäftsstunden in seinem Etablissement zuzubringen pflegt, dem Mäkler brieflich eine Erklärung zuschicken könne; er kann demselben Auftrag zur Ermittelung einer Vertragsgelegenheit brieflich ertheilen, aber den Konsens zum wirklichen Vertrage kann er auf diese Art nicht abgeben, besonders da gerade dieses Beispiel von den Gegnern der im Gesetze adoptirten Bestimmung angeführt wurde, um deren Unzweckmäßigkeit darzuthun, demungeachtet aber eine Modifikation nicht eintrat. Daß ein auf der Reise befindlicher oder am Orte seines Etablissementes nicht wohnender Kaufmann nur durch einen Bevollmächtigten dem Mäkler eine Erklärung abgeben könne, ist ohnehin unzweifelhaft.

Art. 70.

Handelsmäklern, welche Schiffsmäkelei betreiben, kann gestattet werden, den Schiffern im Einziehen und Vorschießen der Frachten und Unkosten als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hülfsdienste zu leisten.

Pr. E. Art. 70. I. E. Art. 67. II. E. Art 69. Prot. S. 156, 967.

Die Motive zum Pr. E. besagen, daß dieser Artikel sich auf einen an verschiedenen Seeplätzen bestehenden Gebrauch stützt. Die dadurch dem Mäkler ertheilten Befugnisse gehen über den Kreis der eigentlichen Mäklergeschäfte, welche in dem Vermitteln von Handelsgeschäften bestehen, hinaus. Es kommen daher in Ansehung des in Art. 70 erwähnten Geschäftsbetriebes auch nicht die für die eigentliche Mäklerthätigkeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen in Anwendung; der Handelsmäkler, insofern er Schiffsabrechner ist, kann sich nicht auf seine amtliche Autorität berufen.

Die ausdrückliche Aufnahme der obigen Bestimmung war nöthig, weil man derartige Dienste mit Art. 69 Abs. 1 und 2 als unvereinbar halten könnte.

Art. 71.

Der Handelsmäkler muß außer seinem Handbuche ein Tagebuch führen, in welches letztere alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen sind. Das Eingetragene hat er täglich zu unterzeichnen.

Das Tagebuch muß vor dem Gebrauche Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet und der vorgesetzten Behörde zur Beglaubigung der Zahl der Blätter vorgelegt werden.

Art. 72.

Die Eintragungen in das Tagebuch müssen die Namen der Kontrahenten, die Zeit des Abschlusses, die Bezeichnung des Gegenstandes und die Bedingungen des Geschäftes, insbesondere bei Verkäufen von Waaren die Gattung und Menge derselben, sowie den Preis und die Zeit der Lieferung enthalten.

Die Eintragungen müssen in deutscher Sprache oder, sofern die Geschäftssprache des Ortes eine andere ist, in dieser gegeschehen; sie müssen nach Ordnung des Datums und ohne leere Zwischenräume erfolgen.

Die Bestimmungen über die Einrichtung der Handelsbücher (Art. 32) finden auch auf das Tagebuch des Mäklers Anwendung.

Pr. E. Art. 71 Nr. 7. Art. 72. I. E. Art. 69, 70. II. E. Art. 70, 71. Prot. S. 125 ff., 968 ff.

1) Der Handelsmäkler hatte von jeher die Pflicht, über seine Geschäftsführung Buch zu führen [1]). Diese Pflicht legt ihm auch das Handelsgesetzbuch auf; und zwar hat er ein Handbuch und ein Tagebuch zu führen [2]).

Hinsichtlich des Handbuches ist er vom Gesetze ziemlich frei gestellt; die Vorschrift des preußischen Entwurfes, nach welchem der Handelsmäkler verbunden sein sollte, alle vermittelten Geschäfte unmittelbar nach dem Abschlusse im Handbuche aufzuzeichen, wurde nicht adoptirt, vielmehr wurde anerkannt, „daß im Gedränge der Börse eine genaue und vollständige Einzeichnung der Geschäfte unmöglich sei, daß einem vielbeschäftigten Mäkler gestattet bleiben müsse, etwa mit der Bleifeder mehr nicht als kurze Notizen oft nur mit den Anfangsbuchstaben der Namen, in Chiffern u. s. w. aufzuschreiben“ [3]).

---

[1]) Pöhls §. 57. v. Hahn S. 30 Nr. 3.

[2]) Die Vorschriften dieser beiden Artikel finden auf Privatmäkler keine analoge Anwendung. Insofern der Privatmäkler als Kaufmann erscheint, steht er unter den allgemeinen, für die kaufmännische Buchführung gegebenen Vorschriften; eine besondere Beweiskraft kann er für seine Aufzeichnungen selbstverständlich nicht in Anspruch nehmen.

[3]) Prot. S. 127.

Ebenso wurde aber darauf bestanden [1]), „daß der Mäkler sich nicht leichtsinnig auf sein Gedächtniß verlassen dürfe, vielmehr die Führung eines Handbuches zur Ordnung und Unterstützung des Gedächtnisses unerläßlich sei."

Wenn demnach solchen Aufzeichnungen eine eigentliche Beweiskraft nicht zugemessen werden kann, so haben dieselben doch, wie v. Hahn (S. 179) bemerkt, insofern ein juristisches Interesse, als die Eintragung oder das Nichteingetragensein eines Geschäftes bei Bestreitung der Einträge im Tagebuche von Wichtigkeit sein kann.

Daß das Handbuch ein eigenes Buch sein und aufbewahrt werden müsse, schreibt das Gesetz nicht vor; es wird demnach dem Mäkler gestattet sein, die nöthigen Notizen auch in sein Taschenbuch zu schreiben; dagegen wird er sich loser Blätter nicht bedienen dürfen, wie denn bei den Verhandlungen (Prot. S. 127) die behauptete Uebung als inkorrekt bezeichnet wurde, wonach z. B. der Mäkler, dem ein Verzeichniß von Wechseln mit dem Auftrage, deren Verkauf zu vermitteln, übergeben wird, die erforderlichen Notizen auf dieses Blatt zu machen pflegt.

2) Das eigentliche, mit öffentlichem Glauben versehene Buch des Handelsmäklers ist dessen Tagebuch.

Während die Einrichtung der Handelsbücher der Kaufleute an keinerlei amtliche Förmlichkeit geknüpft ist, muß das Mäklerbuch nicht nur foliirt, sondern auch die Zahl der Blätter amtlich beglaubigt sein. Eine Paginirung statt der Foliirung wird nicht als verboten erachtet werden können; die Paraphirung der einzelnen Blätter ist nicht vorgeschrieben. Es ist daher denkbar, daß ein ursprünglich eingeheftetes Blatt nachträglich beseitigt, und durch ein anderes mit derselben Zahl bezeichnetes ersetzt wird; bei derartigem Verdachte wird es Sache des Richters sein, den Einband genau untersuchen zu lassen; hierdurch und etwa durch Vergleichung der Wasserzeichen u. s. w. lassen sich solche Unterschleife leicht entdecken.

Die Eintragungen müssen täglich geschehen. Hiermit ist dem Mäkler freigelassen, ob er alle in einem Tage vorgenommenen Geschäfte am Abende, oder jedes einzelne Geschäft sofort nach dem Abschlusse, oder mehrere zusammen eintragen will. Da er das Eingetragene täglich unterzeichnen muß, also am Tage des Geschäftsabschlusses selbst, so ist ihm nicht erlaubt, die Einträge etwa am anderen Morgen, wenn auch vor Beginn des neuen

---

[1]) Prot. S. 968.

Geschäftstages zu machen. Die einzelnen Geschäfte braucht er nicht zu unterzeichnen.

3) Die Namen der Kontrahenten müssen vollständig und wenn nöthig auch unter Angabe der Firma eingetragen werden; auch in dem Falle, in welchem der Name des einen Kontrahenten dem anderen vorerst verschwiegen bleiben soll, muß er doch im Tagebuche vorgetragen werden.

Als Zeit des Abschlusses genügt in der Regel die Einzeichnung von Tag, Monat und Jahr; genauere Einträge, insbesondere die Angabe der Stunde sind nur da erforderlich, wo sie von den Kontrahenten verlangt werden oder durch die Umstände geboten sind [5]). Die bei den Einträgen sich ergebenden Zahlen sind mit Ziffern zu schreiben erlaubt, da die nöthige Kontrole auch ohne die lästige Maßregel, alle Zahlen mit Worten schreiben zu müssen, schon durch die in den Händen der Kontrahenten befindlichen Schlußzettel erreicht wird.

Die Eintragungen dürfen in einer anderen als der deutschen Sprache nur dann geschehen, wenn die Geschäftssprache des Ortes eine andere ist [6]); auch dürfen dieselben nur mit deutscher oder lateinischer Schrift [7]) erfolgen; ferner darf Nichts radirt noch unleserlich gemacht und nicht ohne ersichtlichen Grund leere Stellen gelassen werden.

4) Die Außerachtlassung der bisher aufgeführten Erfordernisse der Buchführung zieht nicht nur disziplinare Bestrafung des Handelsmäklers nach sich, sondern macht auch das Buch zu einem unregelmäßig geführten, worüber Art. 78 die näheren Bestimmungen gibt.

---

[5]) Prot. S. 126

[6]) Da dieses in Bayern nirgends der Fall ist, so müssen wenigstens Seitens bayerischer Handelsmäkler alle Eintragungen in deutscher Sprache geschehen.

[7]) Vgl. hierüber die Erläuterung zu Art. 32.

Art. 73.

Der Handelsmäkler muß ohne Verzug nach Abschluß des Geschäftes jeder Partei eine von ihm unterzeichnete Schlußnote, welche die in dem vorhergehenden Artikel als Gegenstand der Eintragung bezeichneten Thatsachen enthält, zustellen.

Bei Geschäften, welche nicht sofort erfüllt werden sollen, ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei das von der anderen unterschriebene Exemplar zu übersenden.

Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so muß der Handelsmäkler davon der anderen Partei ohne Verzug Anzeige machen.

Pr. E. Art. 73. I. E. Art. 71. II. E. Art. 72. Pr. S. 128, 968.

1) Das Wort „ohne Verzug" wurde bei den Berathungen deshalb an die Stelle der im Pr. E. enthaltenen fixen Zeitbestimmung von 24 Stunden eingesetzt, „weil es so komplizirte und umfangreiche Noten gebe, daß deren Ausfertigung oft eine nicht kurze Zeit erfordere." Die zu gewährende Frist ist die „nach den Umständen erforderliche", und es darf wohl analog der Vorschrift in Art. 347 angenommen werden, daß dem Mäkler so viel Zeit zu lassen sei, als er nach dem ordentlichen Geschäftsgange bedarf, um die Noten auszufertigen und beziehungsweise deren Unterzeichnung einzuholen.

2) Als Partei erscheinen die beiden Kontrahenten, mehrere Gesellschafter selbverständlich als Kollektivpartei. Sind dritte Personen bei dem Geschäfte mitwirkend, z. B. als Bürgen, Darleiher u. s. w., so ist der Kontrakt soweit thunlich zu theilen, und von jedem Theile den hiebei Berechtigten und Verpflichteten Note zu geben. Wenn also A. dem B. 100 Centner Java-Kaffee abkauft und C. gegen $^1/_3$% Provision den Kaufpreis vorzuschießen verspricht, so wird der Mäkler Note über das Kaufgeschäft dem A. und B., über die Bürgschaft dem B. und C. auszustellen haben; soferne aber auch A. daran ein Interesse hat, sich wegen des Versprechens des C. zu sichern, kann das Geschäft als Ganzes zusammengefaßt und es können drei Noten ausgestellt werden.

3) Der Regel nach [1]) wird der Schlußzettel (Mäklernotiz, bor-

---

[1]) Im französischen Rechte (Code de commerce Art. 109) müssen die Kontrahenten unterschreiben.

dereau) [2]) nur vom Handelsmäkler selbst unterzeichnet; auch in den Fällen, in welchen die Parteien unterschreiben, muß vorher der Mäkler die Schlußnote gezeichnet haben. Hieraus folgt, daß, wenn in den letzteren Fällen beide Parteien oder eine derselben die Unterschrift verweigert oder wenn nachträglich eine solche Unterschrift diffitirt wird, die Note immerhin noch jene rechtliche Wirksamkeit haben muß, welche ihr überhaupt zukommt [3]), worüber die Erläuterungen zu Art. 76 zu vergleichen sind.

4) Der Preußische Entwurf war davon ausgegangen, daß die Schlußnote aus dem Buche des Mäklers gezogen werde, daß also die Eintragung der Ausstellung vorangehen müsse. Bei der Berathung wurde in der Erwägung: „daß es nicht immer möglich sein werde, vor Ausstellung der Schlußnote die Einträge in das Tagebuch zu machen" beschlossen, statt eingetragene Thatsachen zu setzen einzutragende, wofür dann in der zweiten Lesung der jetzige Ausdruck des Gesetzes gewählt wurde.

Der Inhalt der Schlußnote ist ein succincter Auszug aus dem Inhalte des Eintrages in das Buch; wenn aber der Handelsmäkler verabredungsgemäß gewisse Thatsachen, Namen u. s. w. dem anderen Kontrahenten vorerst zu verschweigen hat, so dürfen solche nicht in die Schlußnote aufgenommen werden, wenn sie auch in dem Tagebuche eingetragen sind. (Prot. S. 130.)

5) Als Geschäfte, bei welchen eine Unterzeichnung der Schlußzettel durch die Parteien stattfindet, bezeichnet das Gesetz diejenigen, welche nicht sofort erfüllt werden sollen. Es sind dieß die sogenannten Zeitgeschäfte, insbesondere die Lieferungsgeschäfte auf Zeit. Die Protokolle besagen (Seite 129 unten):

„Man war darüber einig, daß die Unterzeichnung durch die Parteien nur bei denjenigen Geschäften Platz greifen solle, bei denen eine gewisse Zeit der Lieferung vertragsmäßig festgesetzt wurde; daß also diejenigen Geschäfte

---

[2]) Beispiel einer Schlußnote (die gesperrt gedruckten Worte sind lithographirt): Unterzeichneter verpflichtet sich hiemit in Folge mündlich getroffener Uebereinkunft von Herrn A. Mayer 150 Stück Augsburger Loose à 8 fl. binnen 14 Tagen nach Erscheinen der Stücke hier gelegt, zum vorstehend bezeichneten Kurse prompt zu übernehmen oder die Differenz zu vergüten.

Nürnberg, den 19./4. 64.

B. Bauer.

[3]) Vgl. v. Hahn S. 182. Nach den Protokollen S. 129 wurde ein Antrag, diese Streitfrage abzuschneiden, nicht angenommen.

nicht dahin gehören, bei welchen eine spätere Lieferungszeit nicht ausgemacht, welche aber doch deshalb nicht sofort erfüllt werden, weil der Natur der Sache nach (z. B. bei großen Waarenmengen) oder nach Ortsgebrauch in allen Fällen noch eine kurze Frist für die Lieferung bewilligt sei."

Es geht aus diesen Konstatirungen hervor, daß nach der Absicht des Gesetzes solche Geschäfte nicht hieher gerechnet werden können, bei welchen zwar die Waare sofort geliefert wird, die Zahlung des Kaufpreises aber kreditirt sein soll.

6) Welche Rechte der auf dem Geschäfte bestehenden Partei zustehen, wenn die andere die Annahme oder Unterzeichnung der Schlußnote verweigert, ist nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Eine Klage auf Annahme oder Unterschrift ist hiernach nicht ausgeschlossen, aber sicherlich nicht zweckmäßig. Liegt nicht in der Weigerung gerade die Erklärung, den Vertrag nicht abschließen zu wollen, sondern ist das Geschäft schon vorher perfekt geworden, so wird man dem anderen Kontrahenten vor Allem die Befugniß zuerkennen müssen, nach Art. 355 a. E. eine Aufforderung ergehen zu lassen, nunmehr binnen einer gewissen kurzen Frist zu unterzeichnen, widrigenfalls auch von seiner Seite vom Vertrage abgegangen werde.

Soll aber dieser Weg nicht eingeschlagen werden, so kann ruhig der Zeitpunkt der Erfüllung abgewartet und dann nach Art. 355 und 357 gehandelt werden. Im Hinblick auf letzteren Artikel und mit Rücksicht auf die im Handelsverkehre zu beobachtende bona fides wird übrigens der sorgfältige Kaufmann nicht unterlassen, sofort nach Kundgabe der Weigerung des anderen Kontrahenten demselben zu erklären, daß von seiner Seite demungeachtet auf dem Vertrage bestanden werde.

Dieß gilt jedoch nur von dem Falle, wenn der andere Kontrahent die Annahme oder Unterzeichnung der Schlußnote mit der Behauptung ablehnt, daß das Geschäft überhaupt nicht geschlossen worden sei und auch nicht geschlossen werden solle. Gibt er dagegen den Vertragsabschluß auch seinerseits zu, beanstandet aber nur den Inhalt der Schlußnote, das heißt, behauptet er, das Geschäft sei nicht so, sondern anders vereinbart worden, so erübrigt nur die Austragung des Streites mittelst der aus dem Geschäfte an sich entspringenden Klage, bei deren Verhandlung auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen sein wird.

Art. 74.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien zu jeder Zeit auf Verlangen beglaubigte Auszüge aus dem Tagebuche zu geben, die Alles enthalten müssen, was von dem Mäkler in Ansehung des die Parteien angehenden Geschäftes eingetragen ist.

Pr. E. Art. 74. I. E. Art. 72. II. E. Art. 73. Prot. S. 132, 968.

1) Der Handelsmäkler.

Im Falle das Buch bei der Behörde deponirt ist, hat diese die Pflicht, Auszüge (und zwar unentgeltlich) zu ertheilen.

2) Den Parteien.

Einem Dritten dürfen derartige Auszüge nicht ertheilt werden, dieß ergibt außer dem Gegensatze zu obigem Ausdrucke schon der Art. 69 Nr. 5.

3) Beglaubigte.

In Folge dieser speziellen Vorschrift fällt die Pflicht, derartige Auszüge notariell beglaubigen zu lassen, hinweg.

4) Alles.

Bei den Verhandlungen wurde konstatirt (Prot. S. 132), daß diese Bestimmung dann keine Anwendung finden könne, wenn der Mäkler vertragsmäßig über einzelne Verhältnisse, Namen u. s. w., Schweigen zu beobachten habe.

Art. 75.

Wenn ein Handelsmäkler stirbt oder aus dem Amte scheidet, so ist sein Tagebuch bei der Behörde niederzulegen.

Pr. E. Art. 75. I. E. Art. 73. II. E. Art. 74. Prot. S. 132, 968.

Bei der Berathung dieses Artikels wurde konstatirt, daß auch im Falle einer zeitweiligen Entfernung eines Mäklers von seinem Amte, insbesondere bei einer Suspension desselben, der Behörde das Recht zustehe, die Ablieferung der Bücher zu verlangen. (Prot. S. 132).

Der anscheinend in obiger Vorschrift liegende Eingriff in die Rechte der Familie des Mäklers rechtfertigt sich durch den öffentlichen Charakter des letzteren (Prot. S. 969), und hieraus folgt, daß die Bestimmung auf Privatmäkler keine Anwendung finden kann.

Art. 76.

Der Abschluß eines durch Handelsmäkler vermittelten Vertrages ist von der Eintragung desselben in das Tagebuch oder von der Aushändigung der Schlußnoten unabhängig.

Diese Thatsachen dienen nur zum Beweise des abgeschlossenen Vertrages.

Pr. E. Art. 76. I. E. Art. 74. II. E. Art. 75. Pr. S. 132, 969.

1) Die Frage, in welchem Augenblicke die durch Handelsmäkler vermittelten Verträge perfekt werden, war ehedem eine streitige. Das preußische Landrecht hatte bestimmt, daß der Mäkler die von ihm geschlossenen Geschäfte in Gegenwart der beiden schließenden Theile in sein Buch verzeichnen müsse, und ein Plenarbeschluß des Berliner Obertribunales hatte die erforderliche Gegenwart nicht als gleichzeitige, sondern als successive erklärt. Hiernach war ein Vertrag nicht perfekt, bevor er gebucht war, diese Verbuchung konnte mit Wirksamkeit aber auch so geschehen, daß die Parteien zu verschiedenen Zeiten den Eintrag bei dem Mäkler unterfertigten. Die Ansicht der Handelswelt dagegen ging zum größten Theile dahin, daß ein von einem Handelsmäkler vermittelter Vertrag erst dann als bindend erscheine, wenn die Schlußzettel gezeichnet und ausgetauscht seien.

Das Handelsgesetzbuch hat diese Grundsätze nicht adoptirt; die Gültigkeit eines von einem Handelsmäkler vermittelten Vertrages ist nicht dadurch bedingt, daß dessen Eintrag im Tagebuche des Mäklers erfolgt ist, daß die Schlußzettel ausgetauscht wurden, daß die Parteien die Schlußnoten unterzeichnet haben.

Und zwar gilt dieß in jeder Richtung; der Vertrag bleibt vollkommen verbindlich, wenn auch die obigen Handlungen vollständig unterbleiben; wenn sie aber geschehen, so ist als Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht der Moment des Eintrages, des Austausches oder der Unterzeichnung anzusehen, sondern der Augenblick, in welchem der übereinstimmende Wille beider Kontrahenten erklärt wurde.

Unter Umständen und zwar sehr häufig wird jedoch die Willenserklärung gerade in der Unterzeichnung der Schlußnoten oder in deren Auswechslung liegen. Wenn sich die Parteien ausdrücklich vorbehalten, bis zur Vornahme einer oder der anderen der vorerwähnten Handlungen von der Offerte abgehen zu können, oder wenn bedungen wird, es solle das Geschäft nicht bindend sein, bevor die Schlußzettel gefertigt wären u. s. w., so findet selbstverständlich die Vorschrift des Art. 76 keine Anwendung.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß dieß auch dann der Fall sein, wenn die Parteien sich verabredet haben [1]), daß über den Vertrag Schlußzettel gemacht werden sollen; denn hierin ist im Zweifel die Verabredung enthalten, daß der Vertrag in eine urkundliche Form gebracht werden solle, in welchem Falle anzunehmen ist, daß die Perfektion erst mit der Errichtung der Urkunde eintritt [2]).

Wenn nun auch, wie v. Hahn (Seite 184 und 185) treffend ausführt, darin, daß beide Parteien sich der Vermittlung eines Mäklers bedienen, noch nicht die stillschweigende Verabredung darüber gefunden werden kann, daß die Vornahme der vom Gesetze dem Mäkler auferlegten Handlungen des Eintrages, der Schlußnotirung u. s. w. Vertragsbedingung sein soll, so erwächst doch aus dem Umstande, daß ein durch einen Mäkler geschlossener Vertrag mit gewissen Förmlichkeiten gesetzlich verknüpft ist, eine erhebliche Vermuthung dafür, daß die Parteien diese Förmlichkeiten bei Eingehung ihres Geschäftes im Auge hatten.

Hieraus folgt, daß, im Falle z. B. schon vor geschehenem Eintrage der eine Kontrahent auf das Geschäft nicht mehr eingehen will, oder wenn z. B. der Verkäufer sich weigert, die Schlußzettel zu unterzeichnen, oder wenn z. B. der Käufer die ihm zugestellte Schlußnote nicht annimmt, im Zweifel zu vermuthen ist, daß die Unterhandlung noch nicht bis zum wirklichen, bindenden Konsens gediehen war, daß der Vertrag überhaupt nicht perfekt geworden sei [3]).

Jedenfalls aber wird, was den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses be-

---

[1]) Sofern dieß nicht etwa erst verabredet wird, wenn das Geschäft schon abgeschlossen ist, vgl. Thöl Handelsrecht Bd. I §. 60 und die Erk. in Seuffert's Archiv I. 198, VIII. 350, XII. 259.

[2]) Pr. Inst. de emt. et vend. (3,24.) C. 17 Cod. de fide instr. (4,21.) Seuffert's Pandekten §. 274 Note 2; doch ist dieß kontrovers.

[3]) Ohne daß dieß jedoch unter allen Umständen angenommen werden müßte, da Art. 77 Abs. 2 auch in dieser Hinsicht den Richter vollkommen frei stellt. Vgl. Prot. S. 141.

trifft, wenn Buchung stattgefunden hat, deren Moment so lange auch als Zeitpunkt des Vertragsabschlusses selbst angesehen werden müssen, bis nachgewiesen ist, daß dieser bereits früher eingetreten war.

2) Die Eintragung des Geschäftes in das Tagebuch des Mäklers, die Aushändigung der Schlußnoten dienen, nach dem Gesetze, zum Beweise des abgeschlossenen Vertrages.

Dieß heißt vor Allem, der Abschluß kann auch auf andere Weise bewiesen werden; es ist nicht nöthig, im Falle der Bestreitung auf das Tagebuch u. s. w. zu rekurriren, man kann sich auf Zeugen, andere Urkunden, Eid u. dgl. berufen. Wenn aber die obigen Thatsachen vorliegen, muß dann der Abschluß als bewiesen angenommen werden?

Nachdem das Gesetzbuch sagt: „sie dienen zum Beweise", muß allerdings in der Regel diese Frage bejaht werden, vorbehaltlich des zu Art. 77 Bemerkten; insbesondere wird die Einrede des Beklagten, daß der Inhalt der Schlußnote falsch sei, durch die Berufung auf die erfolgte Unterschrift desselben entkräftet werden [4]). Konnte aber ferner zur Zeit der Erklärung der Vertragschließenden der Vertrag nicht entstehen, weil der eine Kontrahent z. B. dispositionsunfähig war, der früher Dispositionsunfähige hat jedoch zu einer Zeit, in welcher jenes Hinderniß bereits gehoben war, entweder seine Zustimmung zum Eintrage im Tagebuche des Mäklers ausdrücklich oder stillschweigend gegeben, oder den Schlußzettel unterzeichnet, oder ohne Erinnerung angenommen [5]), so kann unter Umständen in diesen Handlungen eine Konfirmation des ehedem anfechtbaren Geschäftes liegen, soferne dadurch eine gültige Wiederholung der früher ungültigen Handlung stattgefunden hat.

---

[4]) Vgl. Prot. S. 141.

[5]) v. Hahn a. a. O. S. 186 scheint dieß ganz allgemein anzunehmen; allein insbesondere die Annahme des Schlußzettels läßt sich nicht unter allen Umständen als Erklärung, auf die Anfechtung zu verzichten, auffassen.

Art. 77.

Das ordnungsmäßig geführte Tagebuch, sowie die Schlußnoten eines Handelsmäklers liefern in der Regel den Beweis für den Abschluß des Geschäftes und dessen Inhalt.

Jedoch hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob dem Inhalte des Tagebuches und der Schlußnoten ein geringeres Gewicht beizulegen, ob die eidliche Bestärkung durch den Mäkler oder andere Beweise zu fordern, ob insbesondere die Weigerung einer Partei, die Schlußnote anzunehmen oder zu unterzeichnen, für Beurtheilung der Sache von Erheblichkeit sei.

Art. 78.

Das Tagebuch eines Handelsmäklers, bei dessen Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, kann als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten, sowie nach Lage der Sache, als geeignet erscheint.

Pr. E. Art. 77, 78. I. E. Art. 75, 76. II. E. Art. 76, 77. Prot. S. 133 ff. 969, 4519.

1) Die vorstehenden Artikel stimmen nicht vollständig mit jenen Bestimmungen überein, welche in den Art. 34—36 über die Beweiskraft der Handelsbücher eines Kaufmannes aufgestellt sind, schließen sich jedoch denselben im Wesentlichen an.

Es ist nemlich die Entscheidung über die Beweiskraft der Einträge in das Tagebuch des Mäklers, sowie über diejenige der Schlußnoten zwar im Allgemeinen in das freie richterliche Ermessen gestellt; allein als Grundsatz gilt, daß in der Regel die Einträge und Schlußnoten nicht wie bei den Handelsbüchern einen durch den Eid zu ergänzenden, sondern einen vollen Beweis machen. Eine Abweichung von der Regel findet nur nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände statt; nur wenn Gründe gegen eine sofortige Glaubwürdigkeit vorhanden sind, soll zur eidlichen Bestärkung gegriffen werden.

Die früheren Gesetzgebungen hatten in Betreff der Beweisführung durch die Mäklerbücher vier verschiedene Systeme befolgt. Das erste ging

davon aus, daß erst der Abschluß des Geschäftes bewiesen sein müsse, ehe es auf die Bücher des Mäklers ankommen könne, dann aber war es dem Ermessen des Richters anheimgegeben, wie weit die Beweiskraft der Bücher reiche. Das zweite wollte gleichfalls zuvor den Abschluß des Geschäftes bewiesen haben, räumte aber dann, wenn dieser Abschluß bewiesen war, den Mäklerbüchern die Kraft ein, den ganzen Inhalt des Geschäftes vollständig zu beweisen [1]). Das dritte System überwies die Frage, ob und wie viel ein Mäklerbuch über alle in Frage befangenen Thatsachen beweise, überhaupt dem richterlichen Ermessen, und dieses System lag dem preußischen Entwurfe zu Grunde, welcher lediglich den Satz aufstellte:

Die Bücher und Schlußnoten können als Beweis für den Abschluß des Geschäftes und dessen Inhalt dienen.

Das vierte System endlich, welches in dem spanischen Handelsgesetzbuche, in dem sächsischen Gesetze vom Jahre 1833 und in dem österreichischen Geldbörsengesetze vom 11. Juli 1854 adoptirt ist, erklärte die Mäklerbücher und Noten für öffentliche Urkunden, welche daher an und für sich vollen Beweis machen.

Dieses letztere System fand bei den Debatten in der Konferenz viele Anhänger. Man berief sich [2]) vor Allem auf die für das Tagebuch vorgeschriebenen Garantieen und die detaillirten Vorschriften über dessen Führung, ferner darauf, daß die Mäkler eidlich verpflichtete Personen seien und den Notaren wesentlich gleich stünden. Es wurde ferner auf die vielen öffentlichen Urkunden verwiesen, welchen man in den wichtigsten Angelegenheiten volle Beweiskraft beilege und welche gleichwohl einseitig von der Behörde und ohne Zuziehung der Betheiligten errichtet würden, z. B. die Insinuationsnachweise, die Vormerkungen über das Nichterscheinen einer Partei im Termine u. s. w. Endlich wurde auf die praktische Nothwendigkeit hingedeutet, welche eine Beweisführung auf dem kürzesten Wege bedinge, da die zu beweisenden Geschäfte oft mit Rücksicht auf mehrere andere geschlossen seien (z. B. eine Reihe von Lieferungsgeschäften) und mit letzteren dergestalt zusammenhingen, daß die gefährlichste Verwirrung entstehen würde, wenn bezüglich des über eines dieser Geschäfte entstandenen Streites nicht

---

[1]) Dieses auch im Holländischen Gesetzbuche befolgte System wurde unter Bezug auf ein Erkenntniß der Rostocker Fakultät bei den Berathungen von dem Hamburger Abgeordneten mit sehr triftigen Gründen vertheidigt. (Prot. S. 139.)

[2]) Vgl. Prot. S. 133 ff.

eine rasche Beweisführung möglich gemacht und auf die Beweismittel des gewöhnlichen Verfahrens zurückzugehen wäre.

Hiergegen wurde vorgebracht:

es lasse sich zwar nicht verkennen, daß den Mäklerbüchern, da sie nicht von den Parteien, sondern von einem unparteiischen, vereideten Beamten geführt werden, eine größere Beweiskraft als den Büchern der Kaufleute zukomme. Allein anderseits beständen zwischen den Eintragungen in die Mäklerbücher und der Aufnahme öffentlicher Urkunden so erhebliche Verschiedenheiten, daß es sehr bedenklich erscheine, die ersteren in Bezug auf ihre Beweisfähigkeit den letzteren gleich zu stellen. Während bei der Aufnahme öffentlicher Urkunden die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien, die Zuziehung von Instrumentszeugen, das Vorlesen des Inhaltes, die Unterschrift der Anwesenden, und andere gesetzliche Formalitäten eine ausreichende Garantie dafür gäben, daß die Erklärungen der Parteien durch Irrthum, Leichtsinn oder Unredlichkeit der Beamten nicht anders aufgenommen werden, als sie abgegeben worden seien, würden die Mäklernotizen einseitig und ohne schützende Form von den Handelsmäklern niedergeschrieben, so daß die Gewähr für ihre Richtigkeit lediglich in der Gewissenhaftigkeit des Niederschreibenden selbst gefunden werden müßte [3]).

Ueberhaupt werde die Stellung der Mäkler überschätzt, wenn man sie öffentlichen Beamten rücksichtlich der von ihnen ausgehenden Urkunden gleichstelle; die ältere Ansicht nenne die Mäkler Diener der Kaufleute. Um so bedenklicher aber sei es, den Urkunden der Mäkler volle Beweiskraft zuzuschreiben, als sie unter Verhältnissen errichtet zu werden pflegten, welche wenig Garantie zu bieten im Stande seien. Es sei begreiflich, daß bei dem Gedränge und der Eile, mit welcher der Mäkler an der Börse die Notizen machen müsse, auf welche sich seine Bücher gründeten, Irrthümmer nicht ferne bleiben könnten. Dagegen werde man auch nicht einwenden können, daß die Mäkler nicht mehr Aufträge annehmen sollten, als sie mit der nöthigen Gründlichkeit erledigen könnten, denn die Mäkler würden sich durch ein solches Gebot nicht abhalten lassen, Aufträge anzunehmen, und wenn dann hieraus Nachtheile entständen, so träfen diese nicht den Mäkler, sondern den Auftraggeber, für welchen der gegen die Vorschrift handelnde Mäkler Urkunden zu errichten habe, endlich gebe es auch pflichtvergessene Mäkler und solche würden bei der unbedingten Beweisfähigkeit ihrer Urkunden zu gefährlichen Personen [4]).

---

[3]) Motive zum Pr. E. S. 43.

[4]) Prot. S. 138.

2) Besondere Beweiskraft haben nach dem Gesetze nur das Tagebuch und die Schlußnoten. In den Verhandlungen wurde angeregt [5]): „es erscheine nöthig, den Mäklern auch die Ausstellung von Attestaten u. s. w. in beweisfähiger Form einzuräumen; denn z. B. die durch den Druck veröffentlichten Exemplare der Kurszettel seien ohne alles Zeichen der Beglaubigung, und wenn es nun darauf ankomme, zu beweisen, daß der in Frage stehende Kurs mit dem amtlich festgestellten Originalkurszettel übereinstimme, müsse doch dem Attestate des Mäklers Glauben beigemessen werden."

Allein dieser Antrag erhielt nicht die Billigung der Konferenz. (Vgl. auch Prot. S. 969.)

3) Der Beweis, welcher durch Tagebuch und Schlußnote geliefert wird, erstreckt sich nicht nur auf die Thatsache des Abschlusses, sondern auch auf Zeit und Ort desselben, nicht nur auf den Inhalt des Geschäftes in positiver Richtung, daß nemlich das im Tagebuch bezw. der Schlußnote Enthaltene von den Parteien wirklich vereinbart wurde, sondern es beweisen Tagebuch und Schlußnote auch negativ, nemlich daß Mehr oder ein Anderes unter den Kontrahenten nicht bedungen wurde.

4) Ueber den zweiten Absatz des vorstehenden Artikels ist im Allgemeinen zu vergleichen, was zu Art. 34 bemerkt wurde; nur ist der Fall, welcher dort in Erwähnung kam, daß die besonderen Umstände eine Erhöhung der regelmäßigen Beweiskraft der Bücher bewirken können, hier deshalb nicht in Frage, weil das Mäklerbuch in der Regel ohnehin vollen Beweis erbringt.

5) Der Satz, „ob dem Inhalte des Tagebuches und der Schlußnoten ein geringeres Gewicht beizulegen sei", hat eine doppelte Richtung. Es ist nemlich damit gesagt, daß auch einem ordnungsmäßig geführten Tagebuche und den daraufhin ertheilten korrekten Schlußnoten nach Erwägung aller Umstände doch der volle Beweis versagt werden kann [6]). Es ist aber auch der Fall damit getroffen, wenn Tagebuch und Schlußnoten nicht mit-

---

[5]) Prot. S. 134.

[6]) Beispiele liegen nahe: es ist z. B. dem Richter zwar nicht bewiesen, aber glaubhaft dargelegt, daß der Mäkler mit der einen Partei in näherer Verbindung, oder in geheimer Geschäftstheilnahme steht u. dgl. Ueberhaupt wird der Fall einer besonderen Erwägung für den Richter dann stets eintreten, wenn eine Zuwiderhandlung des Handelsmäklers gegen die in Art. 69 aufgeführten Pflichten vorliegt.

einander übereinstimmen, oder auch wenn die beiden Schlußnoten untereinander divergiren.

Auch in diesen Fällen hängt es von dem freien durch die Erwägung aller Umstände zu bestimmenden Ermessen des Richters ab, welche Bedeutung er jeder dieser Urkunden beilegen dürfe.

Der Regel nach werden wohl die sämmtlichen Urkunden, soweit sie nicht übereinstimmen, als beweisunbehelflich erscheinen [7]); da die Schlußzettel auf Grund des Buches ertheilt werden sollen, so hat im Zweifel der Eintrag im Buche die Vermuthung der Richtigkeit für sich; andererseits aber kommt zu erwägen, daß die Annahme und noch mehr die Unterzeichnung der Schlußnote selbst wieder ein Verpflichtungsmoment enthält.

Hieraus ergibt sich, daß das Gesetzbuch mit gutem Grunde sich bestimmter Regeln enthalten hat.

6) Hinsichtlich der Weigerung der Partei, die Schlußnoten anzunehmen oder zu unterzeichnen, ist oben bereits das Erforderliche gesagt. Es wird eben darauf ankommen, ob die Umstände ergeben, daß der Vertrag schon vorher abgeschlossen worden, oder ob die endliche Willenserklärung erst mit der Unterzeichnung der Schlußnoten eintreten sollte. Insbesondere wird eine Weigerung, welche durch den Inhalt der Note begründet wird, unter Umständen eine nicht unerhebliche Vermuthung gegen die Richtigkeit der Urkunde hervorrufen und den Richter veranlassen können, weiteren Beweis zu fordern.

Die fragliche Bestimmung ist deshalb keineswegs unrichtig oder unnöthig, wie sich aus dem bereits zu Art. 76 Bemerkten hinreichend ergibt; und insbesondere kann die Ertheilung oder Verweigerung der Unterschrift auch insoferne von Einfluß sein, als deren Ertheilung die Beweiskraft des Mäklerzeugnisses verstärken kann. (Vgl. Prot. S. 140.)

7) Bisher ist von den ordnungsgemäßen Urkunden des Handelsmäklers gesprochen worden; Art. 78 hat den Fall im Auge, daß Unregelmäßigkeiten bei der Beurkundung stattgefunden haben.

In dieser Hinsicht folgt aus dem Stillschweigen des Artikels über die Schlußnote, daß eine solche, soferne sie nicht korrekt ist, ohne alle Relevanz bleibt [8]).

---

[7]) Vgl. Pöhls S. 134.

[8]) Z. B. die Schlußnote ist nicht von dem Handelsmäkler sondern von einem Substituten ausgefertigt; die Zustellung der Note erfolgte erst längere Zeit nach dem Abschlusse; die Note über ein erst zu erfüllendes Geschäft wurde

Bei dem nicht ordnungsmäßig geführten Tagebuche kommt es vor Allem auf Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeit an: es lassen sich Fälle denken, in denen die Unregelmäßigkeiten so erheblich sind, daß man der Beurkundung gar keinen Glauben mehr schenken kann [9]); wieder andere dagegen, in denen dadurch die Beweiskraft des Buches nur wenig alterirt wird [10]).

Neben der Beschaffenheit der Unregelmäßigkeit ist aber sodann die Lage der Sache zu erwägen. Die Umstände des Falles können den Richter bestimmen, eine geringe Unregelmäßigkeit sehr bedeutungsvoll zu finden, oder umgekehrt selbst einer sehr erheblichen Ordnungswidrigkeit eine große Bedeutung zu versagen. Ob aber der Richter einem nicht ordnungsgemäßen Mäklerbuche selbst nach Erwägung aller Umstände vollen Glauben beimessen dürfe, läßt sich bestreiten; jedenfalls wird er schon im Interesse der Aufrechthaltung der für die Führung der Bücher gegebenen gesetzlichen Vorschriften, nicht leicht über, wenn auch geringe, Ordnungswidrigkeiten hinweggehen dürfen.

---

den Parteien nicht zur Unterzeichnung gegeben, u. s. w. In wie weit aus dem Stillschweigen der Kontrahenten, aus der Annahme der Note u. s. w. eine Genehmigung des Geschäftes gefolgert werden könne, ist eine andere Frage; als Mäklernote kommt aber ein derartiges Schriftstück nicht weiter in Betracht.

9) Z. B. der Eintrag ist in einer nicht mit Sicherheit zu übersetzenden Sprache oder in Chiffern gemacht, deren Erklärung nur auf Angabe des Mäklers beruht; oder er steht auf einem offenbar erst später eingehefteten Blatte u. dgl.

10) Z. B. der Eintrag ist zwar nicht am Tage des Geschäftsabschlusses, aber am folgenden Morgen, wo ein späteres Geschäft gemacht wurde, eingetragen; oder der Name des Kontrahenten, welcher den Eintrag nicht bestreitet, ist nicht richtig, aber doch so, daß über die Person kein Zweifel obwaltet, eingetragen u. dgl.

Art. 79.

Im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter, selbst ohne Antrag einer Partei, die Vorlegung des Tagebuches verordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlußnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Die Vorschrift des Art. 39 findet auch in Bezug auf die Vorlegung des Tagebuches Anwendung.

Pr. E. Art. 79. I. E. Art. 77. II. E. Art. 78. Prot. S. 142, 970, 1427.

Dieser Artikel weicht von der Vorschrift des Art. 37 insofern ab, als während die Vorlage der Handelsbücher nur auf Parteiantrag erfolgen kann, hier dem Richter eine weiter gehende Befugniß eingeräumt ist.

Aus den Verhandlungen ergibt sich, daß dem Artikel nicht etwa die Bedeutung beigelegt werden darf, als könne der Richter die Vorlage des Mäklerbuches nur dann anordnen, wenn die den Parteien behändigten Schlußzettel nicht übereinstimmten oder die Richtigkeit der beigebrachten Auszüge aus dem Tagebuche bestritten werde, daß vielmehr der Richter lediglich nach freiem Ermessen zu erwägen habe, ob von der Vorlegung des Tagebuches eine Aufklärung der Sache zu erwarten sei; es wird dieß außer den obengenannten Fällen unter Anderem auch dann zweckmäßig sein, wenn z. B. ein Mäkler als Zeuge abgehört werden soll u. s. w.

Ferner zeigt der Gang der Berathung, daß die Vorschrift des Gesetzes sich auf die Handbücher der Mäkler nicht erstreckt, und mit Recht. Denn wenn das Gesetz derartigen Büchern nicht so viel Gewicht beilegt, um deren Führung förmlich vorzuschreiben, so kann auch von einer Pflicht zu deren Vorlage nicht gesprochen werden. Uebrigens bleibt es demohngeachtet Sache des Richters, sich mit Hülfe des Fragerechtes bei der Zeugenvernehmung die etwa nöthige Kenntniß über den Inhalt des Handbuches zu verschaffen.

Durch die in obigem Artikel aufgestellte Befugniß ist übrigens das Recht der Einsichtnahme der Tagebücher zum Behufe der Ueberwachung Seitens der Disziplinarbehörden nicht berührt.

Art. 80.

Der Handelsmäkler muß, sofern nicht die Parteien ihm dieses erlassen haben oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, nachdem er dieselbe behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, so lange aufbewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen, oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.

Pr. E. Art. 80. I. E. Art. 78. II. E. Art. 79. Prot. S. 142, 972.

1) Eine derartige Bestimmung fand sich bereits im preußischen Landrechte Th. II Tit. VIII §. 1356 [1]), und steht im Zusammenhange mit Art. 340, wornach beim Kaufe nach Probe oder Muster dem Verkäufer die Pflicht obliegt, eine mustergemäße Waare zu liefern. Die Probe, nach welcher verkauft wurde, ist daher das Beweismittel, im Falle das Geschäft streitig wird.

Ist ein solches durch einen Handelsmäkler vermittelt worden, so bringt es seine amtliche Stellung mit sich, daß vor Allem er selbst für Sicherung des Beweismittels Sorge trägt [2]). Diese Pflicht dauert so lange, als das Beweismittel nöthig werden kann. Ist das Geschäft bereinigt, sei es durch ausdrückliche Erklärung des Empfängers, daß die Waare mustermäßig sei, oder durch Ablauf der Reklamationsfrist oder durch Verjährung der Anfechtung, so hat der Handelsmäkler auch keine Verpflichtung, die Probe weiter zu bewahren.

Aber auch wenn das Geschäft in Streit kommt, fällt die Pflicht, die Probe zu bewahren, hinweg, wenn die Probemäßigkeit anerkannt und nur über andere Punkte gestritten wird [3]).

2) Es ist nicht nothwendig, daß die Kontrahenten oder einer derselben die Aufbewahrung Seitens des Mäklers ausdrücklich verlangen; vielmehr

---

[1]) Ebenso im Holländischen Handelsgesetzbuche Art. 69.

[2]) Ebendeshalb kann der Artikel 80 auf Privatmäkler nicht ausgedehnt werden; sofern diese die Aufbewahrung freiwillig und ausdrücklich übernehmen, haften sie allerdings für richtige Ausführung ihres Auftrages.

[3]) Prot. S. 973.

müssen die Parteien, wenn der Mäkler von seiner Verpflichtung befreit sein soll, dieß bestimmt erklären [4]). Ausnahmsweise hat sich bei gewissen Waaren an einigen Orten eine entgegengesetzte Usance gebildet und diese wird von dem Handelsgesetzbuche aufrecht erhalten.

3) Es ist einerlei, ob die Probe dem Handelsmäkler von dem Verkäufer zum Behufe der Vermittelung des Geschäftes übergeben wurde, oder ob die Verabredung der Probemäßigkeit unter den Parteien nachträglich beim Geschäftsabschlusse getroffen ist; auch wird nicht erfordert, daß im letzteren Falle die Parteien dem Mäkler eine Probe besonders übergeben; ist dieß nicht der Fall, so muß er eben eine solche selbst nehmen.

4) Das Gesetz sagt zwar „die Probe"; allein bei den Berathungen wurde konstatirt (Prot. S. 973) „daß in der Regel selbstverständlich mehr nicht aufbewahrt zu werden brauche, als zur Wiedererkennung erforderlich werde, soferne überhaupt die Probe eine theilbare sei."

Art. 81.

Jedes Verschulden des Handelsmäklers berechtigt die dadurch beschädigte Partei, Schadloshaltung von ihm zu fordern.

I. E. Art. 80. II. E. Art. 80. Prot. S. 124, 152, 973.

1) Daß der Mäkler [1]) demjenigen, welcher ihm ein Geschäft aufgegeben hat, für jeden durch Unterlassung der in Art. 282 vorgeschriebenen Sorgfalt entstandenen Schaden haftet, ist selbstverständlich. Allein damit erscheint dem Bedürfnisse des Verkehres noch nicht Genüge geleistet. Dieses erfordert, daß der Mäkler Jedem Ersatz zu leisten hat, der bei einem von ihm vermittelten Geschäfte als Partei betheiligt ist und durch Verschulden des Mäklers Schaden gelitten hat.

---

[4]) Eine solche Erklärung liegt darin, wenn die Parteien über die Probe disponiren. v. Hahn S. 193.

[1]) Der Privatmäkler steht in dieser Hinsicht dem amtlich bestellten Mäkler gleich. Goldschmidt in der Kritik S. 45.

Da sich das Gesetz des Ausdruckes bedient „jedes Verschulden", so kann ein Unterschied zwischen grobem und leichtem Versehen nicht gemacht werden. Immerhin aber wird ein Verschulden vorausgesetzt d. h. die Unterlassung jener Sorgfalt, welche ein ordentlicher Mäkler unter gleichen Verhältnissen beobachtet; eine über die Grenzen allgemeiner Vorsicht hinausreichende Aengstlichkeit wird auch hier nicht verlangt.

Was jedoch die vom Gesetze dem Handelsmäkler auferlegten Amtspflichten betrifft (Art. 69, 71—74, 80), so begründet jede Zuwiderhandlung, soferne nicht vis major in Mitte liegt, ein Verschulden und die Haftung für entstehenden Schaden [2]); insbesondere wird bei unrichtigen Einträgen in das Tagebuch und irriger Ausstellung der Schlußzettel gar nicht gefragt werden dürfen, was die Ursache hiervon war; ein solcher Irrthum erscheint an und für sich als unentschuldbar, selbst wenn er durch Umstände veranlaßt war, unter welchen voraussichtlich die Mehrzahl der Mäkler denselben Fehler gemacht hätte.

2) Das Gesetzbuch hat eine besondere Bestimmung über die Pflicht des Handelsmäklers zur Auskunftsertheilung nicht aufgestellt [3]). Allein es ist bei den Berathungen [4]) ausdrücklich die Ansicht der Konferenz konstatirt worden, „es folge aus der Eigenschaft des Mäklers als eines amtlich verpflichteten Vermittlers die Verbindlichkeit, über die thatsächlichen Verhältnisse im Allgemeinen auf Befragen wahre Angaben zu machen, auch wenn er zu dem Fragesteller nicht im Verhältnisse eines Beauftragten stehe."

Zu diesen thatsächlichen Verhältnissen gehören nicht blos die vermögensrechtliche Stellung, die Zahlungsfähigkeit des Kontrahenten u. s. w., sondern auch der Stand des Marktes, die laufenden Preise u. s. w. [5]).

Der Handelsmäkler, welcher hierüber unrichtige Angaben macht, wissent-

---

[2]) Z. B. Ein Mäkler bewahrt die Probe aus einem von ihm vermittelten Geschäfte an einem Orte auf, an welchem er seine eigenen werthvollen Objekte aufbewahrt, er wendet alle Sorgfalt an, die man hierbei regelmäßig anzuwenden pflegt, die Angehörigen oder Dienstboten vernichten aber zufällig die Probe; hier hat der Mäkler dafür einzustehen.

[3]) Vgl. Prot. S. 125.

[4]) Prot. S. 152.

[5]) Ueber das frühere Recht siehe das in Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 181 abgedruckte Wolfenbütteler Erkenntniß.

lich oder ohne vorher sich durch sorgfältige Recherchen überzeugt zu haben, haftet demjenigen, welcher die Auskunft verlangt hat, für allen Schaden [6]).

Hauptsächlich besteht aber für den Mäkler die Verpflichtung, für die Identität der Kontrahenten zu haften [7]). Es folgt diese Pflicht aus den allgemeinen Grundsätzen über die von jeder Mittelsperson zu beobachtende Sorgfalt [8]), und es ist dieselbe eine nothwendige Rechtsfolge aus der in Art. 69 Abs. 6 gegebenen Vorschrift. Denn wenn der Mäkler zu keinem Geschäfte die Einwilligung der Partei anders als durch persönliche Erklärung derselben oder ihres Bevollmächtigten annehmen darf, so hat er selbstverständlich dieser Pflicht nicht genügt, wenn er eine persönliche Erklärung nicht des kontrahirenden A., sondern des als A. sich fälschlich ausgebenden B. entgegennimmt. Es liegt ihm vielmehr ob, sich zu vergewissern, daß, wenn A. kontrahiren soll, auch wirklich der A. und keine andere Person die Erklärung abgibt; und ebenso, daß derjenige, welcher als dessen Bevollmächtigter auftritt, wirklich von A. bevollmächtigt ist. (Vgl. oben Art. 69 Note 12.)

3) Als Pflichtverletzung erscheint es auch, wenn der Mäkler mehrere Aufträge, deren einer nicht ohne Nachtheil für den anderen vollzogen werden kann, zugleich übernimmt [9]); wenn er bei Unterhandlung der Geschäfte

---

[6]) Die Anträge, speziell auszusprechen, daß die Mäkler für Personen von bekannter Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, sich zu verpflichten, sie Wissenschaft haben, und ferner, wenn das Geschäft auf der Börse geschlossen worden ist, ohne sich Gewißheit von der Börsenfähigkeit derselben verschafft zu haben, Aufträge nicht übernehmen dürfen, wurden (Prot. S. 123 und 124) als selbstverständlich abgelehnt.

[7]) Vgl. Prot. S. 148.

[8]) Auch schon im früheren Rechte unbestritten anerkannt vgl. Brinkmann S. 475. Mittermaier 5. Auflage Bd. II §. 539 Note 12.

[9]) Es fällt nicht unter das Verbot, wenn die Aufträge zwar gleicher Art, aber nicht auf denselben Gegenstand gerichtet sind; jedoch wird der Mäkler, wenn der Auftrag dieselbe Gattung betrifft, in der Regel verpflichtet erachtet werden müssen, den zuerst erhaltenen auch zuerst auszuführen. Hat er zwei Aufträge auf dieselbe Sache unter verschiedenen Konditionen erhalten, so darf er, wenn das Geschäft zu der zuerst gestellten unausführbar erscheint, allerdings den zweiten ausführen; doch erfordert die bona fides, daß er davon den ersten Auftraggeber in Kenntniß setze. Vgl. Pöhls §. 59.

eine Partei vor der anderen, sei es durch die Verhehlung nachtheiliger Umstände oder Mängel, durch Anrühmung vorgespiegelter Eigenschaften oder Vortheile oder auf andere Weise begünstigt; endlich, wenn er einen erlaubten Auftrag ohne Grund ablehnt.

Alle diese Fälle wurden (Prot. S. 123) als durch das Gesetz getroffen anerkannt.

4) Der preußische Entwurf hatte folgenden Art. 81 [10]).

Der Handelsmäkler, welcher nach Abschluß eines Vertrages über die Veräußerung eines Wechsels oder eines anderen Handlungspapieres dasselbe dem Erwerber übergibt, haftet für die Aechtheit der darauf befindlichen Unterschrift des Veräußerers.

Dieser Artikel wurde nach ausführlicher Debatte [11]) von der Handelsgesetzkonferenz angenommen, allein in der zweiten Lesung [12]) gestrichen. Hierbei wurde jedoch ausdrücklich anerkannt, daß die Haftung des Mäklers bestehen bleibe, wenn und soweit ihn ein Verschulden treffe.

Ein solches Verschulden wird in der Regel in der Mitte liegen; wenn aber z. B. von dem Veräußerer die Wechsel oder Papiere auf die Börse oder zum Mäkler bereits unterschrieben mitgebracht werden, oder wenn letzterer solche durch seine Leute vom Komptoir des Verkäufers hat holen lassen, wird, im Falle die Unterschrift später abgeläugnet wird, ein Verschulden des Mäklers nicht anzunehmen sein, da diese Art der Geschäftsbesorgung die allgemein übliche ist.

Der Fall, wenn ein Wechsel mittelst Indossamentes in blanco durch mehrere Hände gegangen ist und schließlich das Giro als falsch erkannt wird, gehört ohnehin nicht hieher, da hier der Girant nicht der Veräußerer war.

---

[10]) Eine gleiche Bestimmung findet sich im französischen, holländischen und spanischen Rechte. Vgl. Motive S. 44.

[11]) Protokolle S. 145—148.

[12]) Prot. S. 973.

Art. 82.

Der Handelsmäkler hat die Mäklergebühr (Sensarie) zu fordern, sobald das Geschäft geschlossen und, wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden und von ihm seiner Verpflichtung wegen Zustellung der Schlußnoten Genüge geschehen ist, unbeschadet anderweiter Bestimmung durch örtliche Verordnungen oder durch Ortsgebrauch.

Ist das Geschäft nicht zum Abschlusse gekommen, oder nicht zu einem unbedingten geworden, so kann für die Unterhandlungen keine Mäklergebühr gefordert werden.

Der Betrag der Mäklergebühr wird durch örtliche Verordnungen geregelt; in Ermangelung derselben entscheidet der Ortsgebrauch.

Pr. E. Art. 82. I. E. Art. 81. II. E. Art. Prot. S. 148, 974.

1) Wer einem Anderen Dienste geleistet hat, ohne daß ihm dafür eine Vergütung versprochen worden ist, hat an sich keine Forderung auf eine solche. Wenn sich indeß Jemand Dienste, bei denen eine Bezahlung üblich ist, von Personen, die sie gegen Bezahlung zu leisten pflegen, hat leisten lassen, so konnte er schon nach Römischem Rechte [1]) auch ohne vorherige Zusage auf die übliche oder gesetzliche Vergütung belangt werden [2]).

Das a. d. HGB. nimmt an, daß im Handelsverkehre eine Dienstleistung in der Regel nicht umsonst geschieht (vgl. Art. 290); auch der Mäkler kann Vergütung seiner Dienste verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine solche versprochen war oder nicht.

Diese Vergütung heißt Mäklerlohn, Mäklergebühr, Sensarie, Courtage [3]).

Wurde zwischen den Parteien und dem Mäkler nichts verabredet, so hat der Richter im Streitfalle die Gebühr nach den Bestimmungen des Abs. 3 dieses Artikels festzusetzen.

2) Die Frage, wann der Mäklerlohn verdient sei, war stets eine sehr kon-

---

[1]) Fr. 22 D. de praescr. verbis (19,5); fr. 1, 4. D. de extr. cogn. (50,13).

[2]) Vgl. im Allgemeinen Voigtel im Busch'schen Archiv Bd. IV S. 222.

[3]) Daneben können gemachte Auslagen selbstverständlich unter denselben Voraussetzungen gefordert werden, unter welchen überhaupt auf deren Vergütung ein Rechtsanspruch besteht.

troverse. Das Handelsgesetzbuch hat vor Allem auch in dieser Hinsicht die örtlichen Verordnungen und den Ortsgebrauch als maßgebend hingestellt [4]). Nur wo diese eine Entscheidung nicht enthalten, gibt das Gesetz Direktiven, und zwar sind diese in Abs. 1 des Art. 82 positiv, in Abs. 2 negativ gegeben [5]).

Was diese letzteren betrifft, so folgen aus der Bestimmung, daß der Mäklerlohn nicht gefordert werden kann, wenn das Geschäft nicht zum Abschlusse gekommen ist, nachstehende Corollarien.

a) Es macht keinen Unterschied, weshalb das Geschäft nicht abgeschlossen worden ist.

Das frühere Handelsrecht (vgl. Brinkmann S. 477) nahm an, die Parteien seien auch dann zur Zahlung der Sensarie verbunden, wenn der Abschluß des Geschäftes durch ihr Verschulden unterblieben, insbesondere wenn der Mäkler nachträglich umgangen worden sei [6]). Dieser Grundsatz wurde in zweiter Lesung zur Aufnahme in das Gesetz vorgeschlagen, indem (Pr. S. 974) der Zusatz beantragt wurde:

„es müßte denn der Auftraggeber den Abschluß des Geschäftes verhindert oder die Vermittelung, nachdem es bereits eingeleitet, einem Anderen übertragen haben."

Allein es wurde dieser Antrag nicht adoptirt, da man die Parteien in keiner Weise binden und insbesondere dem Auftraggeber freigestellt wissen wollte, jeden Augenblick, ohne etwas für Courtage zahlen zu müssen, den ertheilten Auftrag zurückzuziehen oder für dasselbe Geschäft mehreren Mäklern Auftrag zu geben u. s. w.

Es kann demnach auch nicht wegen angeblicher Arglist der Partei von Seite des Mäklers eine Entschädigung gefordert werden, da, was das Gesetz gestattet, nicht unrecht sein kann.

b) Die Thätigkeit des Mäklers vor Abschluß des Geschäftes wird

---

[4]) Die wichtigste und von den Grundsätzen des Art. 82 abweichende desfallsige Verordnung findet sich in Hamburg (Mäklerordnung) und in Oesterreich (Börsengesetz v. 1854).

[5]) Der leitende Gedanke, auf welchem diese Detailbestimmungen beruhen, wird von Hahn (Kommentar S. 194) treffend darin gefunden, daß der Mäklerlohn nicht nach der aufgewendeten Mühe, sondern nach dem Vertragsobjekte gegeben wird; es werden nicht die Dienste, sondern das vermittelte Geschäft bezahlt.

[6]) Das österreichische Börsengesetz v. 1854 hat die sehr praktische Bestimmung, daß eine solche Arglist dann angenommen werde, wenn der Mäkler die Parteien mit einander bekannt gemacht und das Geschäft von diesen unmittelbar an demselben Tage geschlossen wird.

nicht berücksichtigt. Es ist allerdings bereits eine positive und unter anderen Umständen zu honorirende Dienstleistung, wenn Jemand einer verkaufslustigen Person einen Käufer zuführt oder einem zur Anschaffung von Waaren Veranlaßten eine günstige Kaufgelegenheit zuweist; allein der Handelsmäkler hat durch solche Handlungen allein die Courtage noch nicht verdient [7]).

Hierdurch ist nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher sich des Handelsmäklers bedient, ihm für diese Dienste zum Voraus eine bestimmte Vergütung zusichern kann; allein es stellt sich dieß dann eben als ein mit dem Mäklergeschäft an sich nicht in Verbindung stehendes Honorar dar; eine Verabredung aber, der Mäklerlohn solle ohne Rücksicht auf den Geschäftsabschluß bezahlt werden, würde gegen die Pflichten des Handelsmäklers verstoßen und dem ausdrücklichen Verbote des Gesetzes widerstreiten, und würde deshalb auch eine Klage auf Zahlung der Sensarie nicht begründen [8]).

c) Das Gesetz schließt die Vergütung nur für die Unterhandlungen aus; hat der Handelsmäkler nothwendige Auslagen gehabt, so wird ihm solche derjenige, welcher dieselben veranlaßte, zu ersetzen haben. Blos nützliche Verwendungen aber fallen dem Handelsmäkler selbst zur Last, weil diese als im eigenen Interesse geschehen angenommen werden müssen.

d) Daß die Courtage hinwegfällt, wenn bei einem unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Geschäfte diese Bedingung nicht eintritt, ergibt sich aus dem Rechtssatze, daß in solchem Falle das Geschäft als von Anfang an nicht geschlossen angesehen wird.

Dagegen ist es eine wirkliche Ausnahme, daß auch beim Eintritte der einem Geschäfte beigefügten Resolutivbedingung der Anspruch auf Mäklerlohn hinwegfällt; denn in diesem Falle kann man nicht sagen, das Geschäft sei nicht zum Abschlusse gelangt.

Der Grund zur Aufstellung dieser Ausnahme von der Regel liegt in einer desfallsigen allgemeinen Usance [9]).

---

[7]) Dieß war schon früher Rechtens, vgl. die Präjudizien in Kletke 1. Fortsetzg. Nr. 822 und 824 u. 2. Fortsetzung Bd III Nr. 1217.

[8]) Vgl. übrigens das Erk. des Dresdener Oberappellgerichtes in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 186. Ueber das Versprechen des Lohnes „für alle Fälle" vgl. ebendas. S. 191.

[9]) Prot. S. 149. Vgl. jedoch das Erk. des Dresdener OAG. in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 573.

Die positive Bestimmung darüber, wann der Mäkler den Lohn fordern dürfe, geht dahin[10]):

sobald das Geschäft geschlossen und der Mäkler seiner Verpflichtung wegen Zustellung der Schlußnoten Genüge geleistet hat[11]).

Hierdurch ist dem Mäkler die Sensarie auch in folgenden Fällen zugebilligt:

a) Wenn dessen Thätigkeit an sich nicht mit dem Abschlusse des Geschäftes beendigt erscheint, sondern auch noch beim Empfange der Waaren einzutreten hat, und zwar bewirkt obiger Satz nicht nur, daß der Anspruch sofort im Augenblicke des Geschäftsabschlusses begründet ist, sondern auch, daß er begründet bleibt, wenn der Mäkler die spätere Thätigkeit nicht leistet.

b) Wenn ein Lieferungsgeschäft abgeschlossen wurde und die Lieferung erfolgte nicht, so wird der Anspruch des Mäklers nicht beseitigt.

c) Die Art der Erfüllung, die spätere Abwickelung des Geschäftes ist für den Mäkler gleichfalls irrelevant.

Selbst wenn der durch Vermittelung des Mäklers geschlossene Vertrag wegen Mängel der Waare wieder rückgängig wird, bleibt der Anspruch auf Bezahlung der Sensarie unverändert bestehen.

Gegen ein hierdurch etwa veranlaßtes unreelles Benehmen von Mäklern schützt außer dem Art. 81 die Disziplinaraufsicht über dieselben.

3) Von großer Wichtigkeit ist die Entscheidung der Frage, in wie weit die Bestimmungen des Art. 82 Abs. 1 u. 2 auf Privatmäkler Anwendung finden. Goldschmidt (Kritik S. 45) und v. Hahn (S. 201)[12]) nehmen die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschriften auf Privatmäkler allgemein an.

Was nun zuvörderst die Hauptfrage betrifft, ob ein Mäkler auch ohne ausdrückliche Zusicherung ein Honorar fordern könne, so ist diese zu be-

---

[10]) Die jetzige Fassung des Art. 82 Abs. 1 läßt es zweifelhaft, ob die zweite Kopulative zu beiden vorausgehenden Sätzen oder nur zum letzten zu ziehen ist; die im Texte angenommene Interpretation ergibt sich aus dem Umstande, daß der Satz:

„und wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden"

erst nachträglich eingeschaltet wurde

[11]) Welche Pflichten dieses sind, ordnet Art. 73.

[12]) v. Hahn nimmt nur die allgemeine Anwendbarkeit der verordnungsmäßigen Taxen aus.

sahen[13]); da der Mäkler aus der Vermittelung von Handelsgeschäften ein Gewerbe macht, so ist er nach Art. 272 Ziff. 4 wenigstens in dieser Hinsicht Kaufmann und es findet daher Art. 290 auf ihn Anwendung.

Daß die Höhe der Courtage, im Falle hierüber Nichts verabredet wurde, nach dem Herkommen und dem Ermessen des Richters festzusetzen ist, wird gleichfalls nicht bestritten werden können; und wenn die verordnungsmäßigen Taxen der Handelsmäkler auch nicht gerade absolut maßgebend sind, so werden solche doch dem richterlichen Ermessen zu Grunde gelegt werden müssen.

Zweifelhafter erscheint, ob die Anwendung der Bestimmungen des Art. 82 hinsichtlich des Momentes, in welchem der Lohn verdient sein soll, auf den Privatmäkler gerechtfertigt ist[14]).

Der Art. 290, welcher für die Honorirung der Privatmäkler maßgebend ist, bedient sich nämlich des Ausdruckes „Dienste leistet", und dieser Ausdruck erscheint mit dem Inhalte des Art. 82 nicht als vollkommen kongruent. Man kann daher argumentiren, daß es als „Dienstleistung" nicht erscheint, wenn die gepflogenen Unterhandlungen zu keinem Resultate führen, da mit nutzlosen Unterhandlungen einem Kaufmanne nicht „gedient" ist; andererseits könnte man weiter schließen, daß dieselbe Erwägung maßgebend sein müsse, wenn zwar das Geschäft zum formellen Abschlusse gekommen, aber ohne Schuld des Kontrahenten nicht zum Vollzuge gelangt ist. In diesem Falle hat der Mäkler im Grunde dem letzteren auch keinen Dienst geleistet[15]). Bei dem Handelsmäkler kann dessen amtliche Thätigkeit in Ausstellung und Zustellung der Schlußzettel als Grundlage der Bestimmung in Art. 82 Abs. 1 angesehen werden; diese fällt bei den Privatmäklern hinweg, denn wenn sie auch Schlußzettel ausstellen sollten, so ist diese Thätigkeit doch keine amtliche.

Allein hiergegen kommt zu erinnern, daß von Seite des proxeneta Alles, was von ihm geschehen kann, dann gethan ist, wenn er den Vertrag zu Stande gebracht hat, daß ihm deshalb das Verschulden eines Anderen

---

[13]) Vgl. das Erk. des k. App.-Ger. zu Bromberg vom 17. Februar 1864 in Busch's Archiv Bd. IV S. 153.

[14]) Bejaht wird die Frage in den Urtheilen des App.-Ger. und Oberappell.-Ger. zu Dresden bei Emminghaus, Pandekten des sächsischen Rechtes S. 569, dem Urtheile des Oberapp.-Ger. zu Lübeck vom 29. November 1860 in der Frankfurter Sammlung V. 354, ferner schon früher in den Ausführungen in Müller's Promtuarium juris s. v. proxeneta. Auch v. Hahn S. 201.

[15]) Vgl. Voigtel a. a. O. S. 227.

nicht zum Nachtheile gereichen kann, und daß es unbillig erscheinen würde, aus Gründen, die außer ihm liegen, ihm eine vollständig geschehene Leistung, nemlich die Vermittelung des Geschäftes, unvergütet zu lassen.

Es ist deshalb dem Artikel 82 auch für Privatmäkler analoge Anwendung zu vindiziren, und es ergibt sich als Resultat:

a) Der Privatmäkler kann, abgesehen von einem ausdrücklichen Versprechen [16]), eine Vergütung nicht fordern, wenn das Geschäft nicht zum Abschlusse gekommen oder das bedingt abgeschlossene nicht durch Erfüllung der Suspensiv- oder durch Hinwegfallen der Resolutivbedingung bereinigt worden ist;

b) er kann aber nach Abschluß des Geschäftes die Vergütung fordern, wenn dasselbe ohne Schuld des Auftraggebers nicht zur Erfüllung gelangt.

Daß der Privatmäkler polizeilich konzessionirt sei, muß da, wo die Polizeigesetze eine solche Konzession zur Ausübung des Unterhandels erfordern, als Vorbedingung zur Einklagung des Honorares angesehen werden. Es wird zwar dieser Satz unter Bezugnahme auf Art. 11, 276 und 69 Nr. 1 des a. d. HGB. bestritten [17]); allein die Argumentation, auf welche man sich hierbei stützt, geht zu weit. Damit kann man vollständig übereinstimmen, daß die Geschäfte als solche vollkommen gültig sind und bleiben, wenn auch der Unterhändler, durch dessen Vermittelung dieselben zu Stande kamen, eine obrigkeitliche Konzession nicht besaß; denn die persönliche Vertragsfähigkeit der Parteien sowohl, wie des Vermittlers, hängt von der Konzessionirung nicht ab, und das Objekt des Vertrages zwischen den Parteien wird durch den Mangel der Konzession natürlich nicht zu einem unerlaubten.

Wenn aber der Staat verboten hat, daß Leute, denen er hiezu die Bewilligung nicht ertheilt, aus der Vermittlung ein Gewerbe machen, das

---

[16]) Ein allgemeines Versprechen „gegen Vergütung", „Sie sollen es nicht umsonst thun", „ich werde Ihnen dafür Provision zahlen" u. s. w. ist nur auf die gesetzlichen Fälle zu beziehen; das Versprechen muß direkt dahin lauten, „der Mäkler solle bezahlt werden, auch wenn aus dem Geschäfte Nichts wird." Selbst Zusicherungen eines Honorares, „wenn ein Käufer zugebracht wird", „wenn Sie mir eine passende Kaufgelegenheit ermitteln", sind in Rücksicht auf Art. 278 nur auf einen wirklichen Käufer, das heißt auf eine Person, welche die Waare effektiv abnimmt, zu beziehen.

[17]) Vgl. die Ausführung von Voigtel in Busch's Archiv Bd. IV S. 228, dann das Erk. des Berliner Obertribunals in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 190.

heißt, sich für ihre Thätigkeit bezahlen lassen, so ist das Objekt des zwischen dem nicht konzessionirten Vermittler und dem Kontrahenten über das zu zahlende Honorar abgeschlossenen Vertrages allerdings ein unerlaubtes [18]).

4) Ueber die Höhe des zu entrichtenden Mäklerlohnes entscheidet vor Allem die Vereinbarung der Parteien; ist ein bestimmtes Honorar ausbedungen worden, so muß dieses bezahlt werden, und zwar liegt darin nichts Unerlaubtes, wenn sich der Mäkler von beiden Kontrahenten Belohnung versprechen läßt [19]).

Ist zwischen dem Mäkler und den Kontrahenten über die Honorirung nichts bedungen worden — und dieß bildet die Regel —, so sind die etwa in dieser Richtung erlassenen Verordnungen maßgebend. Wird in diesen Verordnungen die Mäklergebühr nicht blos den Grenzen nach, sondern in einem ziffermäßig fest bestimmten Ansatze zugebilligt, und ist die Ausbedingung einer höheren Gebühr als der amtlich festgesetzten, nicht zugleich ausdrücklich gestattet, so kann sich auch der Mäkler eine höhere Gebühr nicht versprechen lassen, das heißt, er hat kein Klagerecht aus einem solchen Versprechen, obwohl es den Kontrahenten nicht verboten ist, ein Mehr zu entrichten und ein freiwillig von den Parteien gezahlter Ueberschuß nicht zurückgefordert werden darf.

Bestehen keine derartigen Verordnungen [20]), so entscheidet der Ortsgebrauch. Dieser regelt gewöhnlich die Gebühr nach Prozenten (oder Promilles) vom Werthe.

Ein Dekret des OAG. zu Wiesbaden [21]) bemerkt in dieser Beziehung mit Recht:

Sofern der Betrag der Mäklergebühr von der Ueblichkeit und Billigkeit abhängig gemacht ist, kann die Feststellung ihrer Höhe nur nach Maßgabe der allgemeinen Beschaffenheit des Gegenstandes des vermittelten Geschäftes, nach der Größe des Preises u. s. w. erfolgen. Die Berücksichtigung sämmtlicher Bemühungen des Unterhändlers in allen Einzelheiten, des Verhältnisses des erzielten Preises zu dem wahren Werthe oder besonderer von

---

18) Hieher sind alle die treffenden Ausführungen des oben citirten Aufsatzes von Voigtel zu beziehen, welche derselbe nur für das Gebiet des gemeinen Rechtes gelten lassen will; in dieser Richtung hat das a. d. HGB. nichts geändert.

19) Vgl. die Erkenntnisse in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VIII S. 187 u. 195.

20) In Bayern z. B. sind solche nicht erlassen.

21) Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 192.

jenem übernommener Verbindlichkeiten wird bei einer nach Ortsüblichkeit vorzunehmenden Bestimmung der Mäklergebühr schon deshalb ausgeschlossen, weil die Ortsüblichkeit an allgemeine Merkmale gleichmäßig vorkommender thatsächlicher Verhältnisse geknüpft ist.

Die Höhe des Prozentsatzes ist verschieden[22]); bei Waaren wird 1 bis 1¼ Prozent, bei Wechseln 2 per mille als üblich zu erachten sein[23]); bei Darlehensnegozirung ist 1 per mille gebräuchlich[24]), wobei jedoch die Belohnung für Erwirkung hypothekarischer Versicherung oder anderer Sicherheiten bereits mitinbegriffen ist.

Die Gebühr ist nach dem ursprünglichen Vertragsobjekte zu berechnen; wird z. B. der stipulirte Kaufpreis in Folge späterer Differenzen nur mit einem Abzuge bezahlt, so darf der Mäkler die Sensarie doch nicht von dem gekürzten, sondern von dem ursprünglichen Preise berechnen[25]).

Art. 83.

Ist unter den Parteien nichts darüber vereinbart, wer die Mäklergebühr bezahlen soll, so ist dieselbe in Ermangelung örtlicher Verordnungen oder eines Ortsgebrauches von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten.

Pr. E. Art. 83. I. E. Art. 82. II. E. Art. 82. Prot. S. 150, 974.

Dieser Artikel geht von der Ansicht aus, daß der Mäkler, wenn er auch anfänglich nur von der einen Partei angegangen war, doch im Interesse beider Theile fungirt (Motive zum Pr. E. S. 44), und durch die wirkliche Geschäftsvermittelung beiden Theilen einen Dienst geleistet hat, und daß daher die Vergütung für letztere billigerweise beiden zur Last fällt[1]).

---

[22]) Nach Preußischem Landrechte Th. II Tit. 8 §. 1380 war bei Waaren 1%, bei Wechseln 2‰, bei Darlehen und Versicherungen ¼% festgesetzt.

[23]) Vgl. Heise, Handelsrecht S. 76.

[24]) Erk. des Nürnberger Handelsappellgerichtes in der Sammlung Bd. II S. 167.

[25]) Vgl das Lübecker OAG.-Erkenntniß in Goldschmidt Zeitschr. Bd. VIII S. 193.

[1]) Das Preuß. Landrecht hatte in Th. II Tit. 8 §. 1381 die Bestimmung, daß beim Waarenhandel der Verkäufer, bei der Versicherung der Versicherte ge-

Eine anderweitige Vereinbarung ist nicht ausgeschlossen; allein aus dem Motiv des Gesetzes ergibt sich, daß aus dem Umstande, daß der Mäkler nur von dem einen Kontrahenten beauftragt wurde und so zu sagen nur für diesen thätig war, nicht etwa eine stillschweigend übernommene Verpflichtung dieser Partei, die ganze Mäklergebühr zu bezahlen, gefolgert werden darf[2]).

Es fragt sich, was ist Rechtens, wenn verschiedene Mäkler beim Geschäfte thätig werden. Der Preußische Entwurf hatte nach dem Vorgange des Landrechtes (a. a. O. §. 1383) in diesem Falle jedem Theile die Honorirung des von ihm bestellten Mäklers aufgegeben, jedoch in Erwägung, daß dann jeder Mäkler nur einen Theil der ihm sonst obliegenden Verrichtungen zu besorgen habe, jedem nur die Hälfte der gewöhnlichen Mäklergebühren zugesprochen. Eine solche Theilung ist auch dann üblich, wenn die beiden unterhandelnden Mäkler dahin übereinkommen, daß nur der eine den eigentlichen Geschäftsabschluß vermittle und den Schlußzettel zeichne. (Prot. S. 151).

Wenn nun auch das Gesetz die fragliche Bestimmung des Entwurfes nicht aufnahm, so geschah dieß doch nicht deshalb, weil man mit derselben nicht einverstanden gewesen wäre, sondern nur, weil man solche Detailentscheidungen nicht für geeignet zur Aufnahme in ein Gesetzbuch ansah. Es wird daher im Zweifel der obige Grundsatz immerhin zur Richtschnur genommen werden können.

Art. 84.

Ueber die Anstellung der Handelsmäkler und über die Bestrafung der von ihnen im Berufe begangenen Pflichtverletzungen das Erforderliche zu bestimmen, bleibt den Landesgesetzen überlassen.

---

setzlich zur Zahlung des ganzen Mäklerlohnes verbunden sei. Daß der Mäkler sich von beiden Theilen eine Belohnung versprechen läßt, hat das Hofgericht zu Wiesbaden für erlaubt erklärt. Vgl. Goldschmidt Zeitschrift Bd. VIII S. 187.

[2]) Oertliche Verordnungen (unter welchem Ausdrucke (Pr. S. 974) auch die für das ganze Land gegebenen Gesetze und Verordnungen gemeint sind) anderen Inhaltes als Art. 83 sind in Bayern nicht vorhanden, auch ist über desfallsige Ortsgebräuche nichts bekannt geworden.

Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, die Vorschriften dieses Titels nach Maßgabe der örtlichen Bedürfnisse zu ergänzen; es kann insbesondere den Handelsmäklern das ausschließliche Recht zur Vermittelung von Handelsgeschäften beigelegt werden.

Auch kann in den Landesgesetzen oder in örtlichen Verordnungen der in diesem Titel den Handelsmäklern zugewiesene Kreis von Amtsverrichtungen und Befugnissen (Art. 67, 70) oder der Umfang ihrer Pflichten (Art. 69) erweitert oder eingeschränkt werden.

Pr. E. Art 84. I. E. Art. 83. II. E. Art. 83. Prot. S. 119, 151, 974, 1425.

Ueber die Frage, in wie weit der Partikulargesetzgebung eine Befugniß zur Abänderung des Tit. VII eingeräumt werden solle, wurde im Laufe der Berathung viel gestritten. Die Einführungsgesetze haben wesentliche Aenderungen des Handelsgesetzbuches in dieser Materie nicht eingeführt; für Preußen vgl. Einf.-Gesetz Art. 9, für Bayern Einf.-Ges. Art. 31—36.

Beide Einf.-Gesetze haben die Bestimmungen des HGB. nicht abgeändert, sondern ergänzt, insbesondere haben beide Gesetze ein gesetzliches und ausschließliches Vorrecht der vereideten Handelsmäkler auf die Vermittlung von Handelsgeschäften nicht statuirt. Die in neuerer Zeit gegen das Institut der vereideten Handelsmäkler geltend gemachten Bedenken aus kaufmännischen Kreisen haben zu legislativen Resultaten bisher nicht geführt.

Druckfehler.

Seite 12 Zeile 3 der Noten von unten statt 364 lies: 369.
„ 21 „ 1 von oben ist 306 zu streichen.
„ 32 „ 14 von oben statt 63 lies: 56.
„ 76 „ 7 von oben statt 36 lies: 34.
„ 118 Note 7 statt 36 lies: 86; vor 152 setze: 151; nach 210 setze: 212.
„ 202 Zeile 5 von oben statt 26 lies: 24.

Anschütz, August,

Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechtes

Bd.: 1

Erlangen 1868